



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA

Expediente: 70-001-33-33-002-2014-00107-00

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Actor: DIANA RIOS MARTINEZ CC No. 64.702.224

Demandado: CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL

I. ASUNTO A DECIDIR

la señora DIANA RIOS MARTINEZ CC No. 64.702.224 a través de su apoderado judicial instaura el medio de control en referencia para que bajo el Derecho al Debido Proceso y Defensa el demandado conteste a sus pretensiones, pida pruebas y demás y se decida en presencia de los sujetos procesales establecidos en la Ley 1437/2011, el asunto del reconocimiento de la relación laboral y pago de la prestaciones sociales que dejó percibir mientras estuvo vinculada a la ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta desde 14 de noviembre de 2004 a 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 hasta el 31 de enero de 2011 bajo contratos de prestación de servicios, en aplicación del artículo 53 de la C.P, al respecto, se decidirá en **primera instancia**, observando los siguientes:

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

la señora DIANA RIOS MARTINEZ CC No. 64.702.224 por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la ESE Centro de Salud de Majagual con la pretensión de que se declare la nulidad del acto ficto o presunto producto del derecho de petición de fecha 27 de agosto de 2013 mediante el cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y pago de las prestaciones sociales mientras estuvo vinculada a la ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta desde 14 de noviembre de 2004 a 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 hasta el 31 de enero de 2011.

Próspero lo anterior, pretende el restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

- ✦ Que se reconozca liquide y pague a título de indemnización reparatoria las prestaciones sociales y demás emolumentos labores que dejó de percibir mientras estuvo vinculada a la ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta desde 14 de noviembre de 2004 a 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 hasta el 31 de enero de 2011 bajo OPS, tales como prima de servicios, prima de navidad, prima de naciones, auxilio de recreación subsidio de alimentación, dotación de calzado y vestuario, cesantías e intereses sobre las la cesantías, pensión, salud subsidio de transporte y cajas de compensación familiar.

- ✚ Que se reconozca y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías intereses sobre las cesantías y demás prestaciones desde la fecha que se causaron hasta la fecha que se efectuó el pago correspondiente.
- ✚ Condenar a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontado al salario del demandante por concepto de retención en la fuente y que suma resultante sea indexada desde la fecha en que se realizaron tales descuentos hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.
- ✚ Que la condena impuesta devengue intereses moratorios acorde los 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, para su caso particular.
- ✚ Se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

2.2. En síntesis los hechos que plantea, son:

2.2.1. Que la señora Diana Ríos Martínez fue vinculada a la ESE Centro de Salud de Majagual por órdenes de prestación de servicios en calidad de fisioterapeuta por el periodo comprendido del 14 de noviembre de 2004 al 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 al 31 de enero de 2011

2.2.2. Que las labores que realizó la señora Diana Ríos Martínez las desempeñó en la dependencias de la ESE Centro de Salud de Majagual bajo las órdenes del gerente de esta entidad, por lo que señala que la funciones que desarrollaba eran del giro ordinario de la ESE pues debía velar por la buena atención en el servicio de fisioterapia.

2.2.3. Manifiesta que la funciones que le eran designadas la desempeñaba en el mismo horario de trabajo de los demás empleados de la ESE Centro de Salud de Majagual y que era a tiempo completo, que era supervisado por el representante legal de la entidad demandada lo que demuestra la subordinación y aunado a esto señala que para realizar la labor contratada no podía ausentarse de la sede de la ESE Centro de Salud de Majagual sin previo aviso y autorización, para ello por último señala que su labor permanente puesto que estuvo vinculado a la entidad demandada por más de 7 años.

2.2.4 Manifiesta que en su relación contractual se disfrazó una verdadera relación laboral a fin de evitar el pago de prestaciones sociales, por lo debe darse aplicación al principio de constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades en igual condición de aquellos que estuvieron vinculaos con una relación legal reglamentaria.

2.2.5. Que mediante derecho de petición de 27 de agosto de 2013 la señora Diana Ríos Martínez solicitó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de a título de indemnización reparatoria de las prestaciones dejadas de percibir mientras estuvo vinculado a la ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta desde 14 de noviembre de 2004 a 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 hasta el 31 de enero de 2011 sin que hasta la fecha fuera contestada esta petición.

2.3. Recuento procesal.

Se presentó la demanda el 25 de abril de 2014¹, se inadmite el 22 de mayo de 2014² se admite fecha 15 de agosto de 2014³, Presentaron consignación gastos del proceso: el 09 de septiembre de 2014⁴, Se notifica al ministerio público y a la ANDJ a fecha 21 de abril de 2015⁵, contesta la entidad demanda fecha 14 de julio de 2015⁶, en audiencia inicial de fecha 11 de febrero de 2016⁷ se estableció el decreto de pruebas que fueran ordenadas dentro del presente asunto incluida prueba documental de la partes, prueba oficiosa y prueba testimoniales de la parte demandante y demandada, que fecha 04 de abril de 2017⁸ se estableció fecha de pruebas sin embargo ni la parte demandada ni la parte demandante allegaron los documentación que se les solicito ni hicieron comparecer los testigos para recibirle declaración dentro del proceso, que a fecha 19 de mayo de 2017⁹ se lleva cabo nuevamente audiencia pruebas pero la parte demandante ni demandada hicieron llegar a los testigos del proceso ni allegaron las pruebas documentales que la fuera solicitada razón a lo anterior se cierre el periodo probatorio y se corre el termino de alegatos por 10 días, del cual las partes guardaron silencio¹⁰

2.3.1. Contestación de la demanda¹¹:

Señalo que la señor Diana Ríos Martínez jamás tuvo una relación de carácter laboral con ese Centro de Salud de Majagual, pues siempre fue vinculada a través de OPS lo cual acorde al o señalado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 no suponía la existencia de relación laboral alguna, manifiesta que pare que se configure la relación laboral deben concurrir la actividad personal la subordinación o dependencia y un salario como contraprestación, que en caso bajo estudio señala no concurre ninguno que en todo caso deberá ser probado por la parte demandante.

Respecto al pago de la prestaciones sociales señala que el contratista por OPS no tiene derecho al pago de prestación alguna y que en todo caso en cuanto a la prima de servicios y la bonificación servicios prestados la funcionarios de planta de la ese no le reconoce pues esta es una entidad descentralizada cita la sentencia de la corte constitucional de C- 402 de 2013. Por ultimo manifiesta que solo partir del decreto 2351 de 2014 se le reconoció la prima de servicio a los funcionarios de planta de los cargos de a entidades territoriales y entes descentralizados pero solo a partir del 2015 y el demandante presto sus servicios en años anteriores.

En cuanto a la sanción moratorio señala que dado que no se ha reconocido relación laboral alguna no se ha generado a favor del demandante la sanción moratoria solicitada pues bajo la tesis del Consejo de Estado la relación laboral surge con la declaración dada con la sentencia lo que implica que los derechos que se originan son exigibles partir de su ejecutoria.

¹ Folio 13

² Folio 42

³ Folio 49

⁴ Folio 54

⁵ Folio 62 a 69

⁶ Folio 78 a 88

⁷ Folio 182 a 191

⁸ Folio 221 a 224

⁹ Folio 230 a 235

¹⁰ Folio 236

¹¹ Folio 78 a 88

La parte demandada señala que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda que la liquidación de la asignación de razón por la cual propone excepciones de **inexistencia de la obligación, prescripción.**

2.3.2. Audiencia Inicial¹²

Surtido el trámite se da aplicación al artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, en audiencia de fecha 11 el febrero de 2016 previo planteamiento del problema jurídico y verificación de los hechos probados, centrándose el litigio en establecer:

¿Efectivamente se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo ficto o presunto demandado que niega el reconocimiento de la relación laboral existente entre la parte demandante y la entidad demandada?

¿Los contratos de prestación de servicios implican de por si la realización de una relación laboral en el caso del demandante, para su ordenar el reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las acreencias laborales que solicita el demandante se le pague por ejercer como fisioterapeuta en la entidad demandada?

2.3.3. Alegatos de conclusión audiencia de fecha 19 de mayo de 2017¹³

En la audiencia de pruebas de la referencia se cierra el termino probatorio y se corre el traslado para alegar por el termino de 10 días, ambas partes guardaron silencio

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

Teniendo en cuenta el artículo 156, 157, 155 de la Ley 1437 de 2011, se ha surtido el trámite sin evidenciar nulidad alguna que decretar y en respeto al Debido Proceso y Derecho de Defensa, en aplicación del bloque de constitucionalidad –Pacto de San José de Costa Rica de 1969 entrando en vigencia en 1978, que afirma el Derecho de la Persona y los límites de éstos dentro de las normas fijadas por el legislador, quien a su vez, encuentra su límite configurativo en la Constitución Política.

3.1 CONCLUSIÓN DE LO PROBADO: Es coherente y unívoco el acervo para determinar que, da por probado

Que la actora Diana Ríos Martínez, suscribió contratos con la ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta, discriminados de la siguiente manera:

En calidad de **FISIOTERAPEUTA**

PERÍODO DE EJECUCIÓN	OBJETO	VALOR TOTAL
01 de diciembre de 2004 al 31 de diciembre de 2004	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁴	\$ 1.400.000

¹² Folio 183 a 191

¹³ Folio 230 a 235

¹⁴ Folio 143

15 de febrero de 2005 14 de marzo de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁵	\$ 1.000.000
16 de marzo de 2005 al 30 de abril de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁶	\$ 1.500.000
02 de mayo de 2005 al 31 de junio de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁷	\$ 2.000.000
01 de septiembre de 2005 al 31 de octubre de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁸	\$ 2.000.000
01 de febrero de 2007 al 30 de abril de 2007	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ¹⁹	\$ 1.950.000
01 de noviembre de 2007 al 31 de diciembre de 2007	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²⁰	\$ 1.300.000
02 de enero de 2008 al 31 de enero de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²¹	\$ 650.000
01 de febrero de 2008 al 31 de marzo de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²²	\$ 1.400.000
01 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²³	\$ 4.200.000
01 de octubre de 2008 al 31 de diciembre de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²⁴	\$ 2.800.000
02 de enero de 2009 al 31 de enero de 2009	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²⁵	\$ 1.030.965
01 de agosto de 2009 al 31 de agosto de 2009	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²⁶	\$ 1.030.965
10 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ²⁷	\$ 2.749.240

Sea lo primero señalar en el presente asunto que tal cual como aparece reseñado en la tabla que antecede el último de los vínculos contractuales que suscribió la demandante en calidad de fisioterapeuta con la ESE Centro de Salud de Majagual se extendió hasta la del fecha 30 de abril de 2010, por lo que si la demandante pretendía el reconocimiento de relación laboral con la entidad demandada y por consiguiente, el pago de las prestaciones derivadas, esta debió presentar la reclamación dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

¹⁵ Folio 149

¹⁶ Folio 140

¹⁷ Folio 146

¹⁸ Folio 139

¹⁹ Folio 129

²⁰ Folio 30

²¹ Folio 119

²² Folio 122

²³ Folio 116

²⁴ Folio 34

²⁵ Folio 110 a 111

²⁶ Folio 102 a 104

²⁷ Folio 99 a 101

Al respecto señala el Consejo de Estado²⁸

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

Por lo que, con base a lo anterior, si probado esta dentro del proceso que el ultimo vínculo contractual de la demandante se extendió hasta la fecha 30 de abril de 2010, tal cual lo referiré la jurisprudencia arriba reseñada la señora Diana Ríos Martínez debía presentar la reclamación a más tardar a fecha del 30 de abril de 2013, por lo que al presentar la petición de reconocimiento de la relación laboral y pago de prestaciones sociales dejadas de percibir en calidad de fisioterapeuta a fecha 27 de agosto de 2013 ya estaban prescritas las prestaciones sociales derivadas de este vínculo salvo la pensión, en caso que se dieran por prosperas las pretensiones de la demanda, dentro del presente asunto.

Ahora bien aclarado lo anterior, respecto a los periodos contractuales abajo reseñados se vislumbra que en las condiciones que fueron aportados estos contratos ni siquiera reúnen las condiciones de existencia y perfeccionamiento de un contrato estatal acorde a la ley 80 de 1993, demás normas concordantes y la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹, lo anterior a si se determina pues los contratos discriminados en la tabla siguiente no se encuentran suscritos por la que en ese momento era la gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual, por lo que forzó es concluir que estos ni siquiera surgieron a la vida jurídica

01 de mayo de 2007 al 31 de julio de 2007	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁰	\$1.950.000
01 de agosto de 2007 al 30 de septiembre de 2007	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³¹	\$ 1.300.000

²⁸ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda consejero ponente: carmelo perdomo cuéter veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)ce-suj2-005-16

²⁹ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo seccion tercera subseccion c consejero ponente: jaime orlando santofimio gamboa (6) de marzo de dos mil trece (2013). radicación número: 66001-23-31-000-2000-00799-01(24.896)

³⁰ Folio 133

³¹ Folio 126

Que a fecha 27 de agosto de 2013³² la señora Diana Ríos Martínez peticiona ante a entidad demandada el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y pago de la prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir en calidad fisioterapeuta de periodos por los arriba mencionados

Que a la fecha presentación de la demanda y fallo de la presente providencia no se emitido respuesta alguna por parte de la entidad demandada respecto de la petición que realizara el demandante a fecha 27 de agosto de 2013 configurándose el silencio administrativo negativo acorde a lo señalado artículo 83 de la ley 1437 de 2011

Que solo se logra demostrar acorde a la certificación expedida por el jefe de recursos humanos de la ESE Centro de Salud de Majagual que la actora Diana Ríos Martínez, ejecuto de manera personal la prestación del servicio, en calidad de fisioterapeuta de los siguientes periodos contractuales

01 de agosto de 2009 al 31 de agosto de 2009	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³³	\$ 1.030.965
02 de enero de 2009 al 31 de enero de 2009	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁴	\$ 1.030.965

Que en este orden de ideas no existe prueba dentro del expediente que fuera aportada por la entidad demandada ni por la demandante que nos permita establecer siquiera a través de indicios que la señora Diana Ríos Martínez ejecuto de manera personal los servicios como fisioterapeuta en los restantes periodos contractuales que se relacionan en esta providencia, condición sin duda necesaria junto con la prueba de la subordinación y remuneración para poder tener por prosperas las pretensiones de la demanda en aplicación del principio de la realidad sobre la formalidades consagrado en el artículo 53 de la C.P

Al respecto señalado el Consejo de Estado³⁵

*“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.”*

³² Folio 15 a 17

³³ Folio 109

³⁴ Folio 112

³⁵ Consejo de Estado sección segunda, subseccion b quince (15) de junio de dos mil once (2011). radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10) consejero ponente: gerardo arenas monsalve

Siendo ello así, si bien se aporta por parte de la ESE Centro de Salud de Majagual los certificados de disponibilidad presupuestal y los registro presupuestales de los periodos contractuales que abajo se discriminan, es claro establecer que estos documentos en sí mismo no son evidencia de la prestación personal del servicios por parte de la demandante en calidad de fisioterapeuta en la ESE Centro de Salud de Majagual y que requería demostrar la demandante para proceder a declarar la existencia de contrato realidad, en aplicación del principio de la realidad sobre la formalidades consagrado en el artículo 53 de la C.P, pues estos documentos solo son muestras de la disponibilidad de la partidas presupuestales para ejecutar los contratos abajo mencionados y que hace parte de los prepuestos necesarios para adelantar el proceso de contratación por parte de cualquier entidad estatal

01 de diciembre de 2004 al 31 de diciembre de 2004	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁶	\$ 1.400.000
15 de febrero de 2005 14 de marzo de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁷	\$ 1.000.000
16 de marzo de 2005 al 30 de abril de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁸	\$ 1.500.000
02 de mayo de 2005 al 31 de junio de 2005	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ³⁹	\$ 2.000.000
01 de febrero de 2007 al 30 de abril de 2007	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ⁴⁰	\$ 1.950.000
02 de enero de 2008 al 31 de enero de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ⁴¹	\$ 650.000
01 de febrero de 2008 al 31 de marzo de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ⁴²	\$ 1.400.000
01 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2008	<u>Fisioterapeuta</u> al servicio de la ese Centro de Salud de Majagual ⁴³	\$ 4.200.000

Asimismo se encuentra probado que a fecha 04 de abril de 2017⁴⁴ y 19 de mayo de 2017⁴⁵ se estableció fecha de audiencia pruebas, sin embargo ni la parte demandada ni la parte demandante allegaron los documentación que se les solicito, ni hicieron comparecer los testigos para recibirle declaración dentro del proceso, acorde a lo señalado en el artículo 177 del C.C.P hoy 167 del C.G.P

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen

³⁶ Folio 144 a 145
³⁷ Folio 150 a 151
³⁸ Folio 141 a 142
³⁹ Folio 147 a 148
⁴⁰ Folio 130 a 131
⁴¹ Folio 120 a 121
⁴² Folio 123 a 124
⁴³ Folio 117 a 118
⁴⁴ folio 221 a 224
⁴⁵ folio 230 a 235

Situación que no aconteció y a pesar de los llamados de esta unidad judicial para que se allegaran las pruebas documentales y se recepcionaran los testimonios, en dos oportunidades, ambas partes guardaron silencio e incluso una vez se corrió traslado por el termino de 10 días para alegar a partir de audiencia de pruebas de fecha 19 de mayo de 2017, no se realizó pronunciamiento alguno por la partes

Al respecto ha señalado el Consejo de Estado⁴⁶

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

Siendo así las cosas, se tiene que cuando el legislador utilizó en el inciso 2° del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, lo cierto es que no consagró una presunción de iure o de derecho que no admita prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual, es necesario que asuma el deber de probanza a fin de acreditar los elementos esenciales para la configuración de la relación laboral. En otras palabras, es al demandante a quien le incumbe demostrar la relación laboral entre las partes, para lo cual, es necesario que pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. Además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia y de esa manera, lograr bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza o desvirtuando el contrato de prestación de servicios como contrato estatal regido por Ley 80 de 1993

Con base a lo anterior claro es señalar que en cuanto al prueba de la subordinación o dependencia para probar la existencia de la relación laboral en aras de dar aplicación al principio de realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la C.P, se insiste era la parte demandante quien tenía el deber de probar los supuesto de hecho en que se sustentaba demanda, acorde a la jurisprudencia arriba reseñada y en el asunto de marras se pudo haber probado a través de la prueba testimonial que decretada en audiencia de fecha 11 de febrero de 2016⁴⁷ no se hizo allegar por parte del interesado, a esta unidad judicial.

Por lo que ante la ausencia probatoria del demandante, haciendo uso de la prueba documental que reposa en el expediente a de establecerse que de la lectura de los contratos suscritos por el demandante en calidad de fisioterapeuta que se discriminan a líneas anteriores y de las demás pruebas allegadas al proceso se observa que esta ejercía sus labores solo de 2 a 6 de la tarde, por lo que ni siquiera esta se veía obligada a tener una disponibilidad de tiempo más allá de las

⁴⁶ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo seccion segunda subseccion bconsejera ponente: sandra lisset ibarra velez.- cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

⁴⁷ Folio 182 a 191

horas señalados en los contratos para desempeñar sus funciones, por lo que no se logra vislumbrar que en el desarrollo del objeto contractual la señora Diana Ríos Martínez estuviera subordinada a las órdenes de un superior o representante legal de la entidad accionada.

Aunado a lo anterior en calidad de fisioterapeuta en la que la demandante suscribió los contratos con la ESE Centro de Salud de Majagual, no se encuentra cobijada esta actividad en la presunción de subordinación o dependencia que en reiterada jurisprudencia ha establecido el Consejo de Estado que de manera ilustrativa señala en sentencia del 04 de marzo de 2010 de la sección segunda subsección A C.P Dr. Gustavo Gómez Aranguren; providencia del junio 15 de 2011 sección segunda subsección B C.P Gerardo arenas Monsalve, providencia de la sección segunda subsección B del 16 de febrero de 2012 C.P Dra. Bertha lucia Ramírez de Páez, entre otras, donde recae la carga de la prueba en la parte solicitante al tener que demostrar que se configuro la subordinación entre las partes que suscribieron del contrato en mención excepto cuando se es docente médico y enfermera, donde se presume la existencia de la subordinación.

Que del acervo probatorio allegado, claro es señalar que a fecha del 27 de agosto de 2013 en que la demandante presento la reclamación de la existencia de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales por haberse desempeñado como fisioterapeuta en la ESE Centro de Salud de Majagual ya habían prescritos las prestaciones sociales reclamadas salvo la pensión, en caso tal que su hubieran dados por prosperas las pretensiones de la demanda , situación que no aconteció, en virtud de que el ultimo vínculo contractual de la demandante se extendió hasta la fecha del 30 de abril de 2010 y está tenía 3 años para reclamar, acorde a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁸

Aunado a lo anterior se logran establecer los tres elementos que configuran la relación laboral entre el accionante, en calidad de fisioterapeuta y la ESE Centro de Salud de Majagual, elementos todos necesarios, para que opere el principio de la realidad sobre las formalidades (art 53 C.P) por lo que en razón a lo probado se encuentra configurada la excepción de fondo denominada **inexistencia de la obligación y prescripción** que fuera propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda⁴⁹

Al efecto, se plantea entonces, el

3.2 Problema jurídico,

¿Efectivamente se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo ficto o presunto demandado que niega el reconocimiento de la relación laboral existente entre la parte demandante y la entidad demandada?

¿Los contratos de prestación de servicios implican de por si la realización de una relación laboral en el caso del demandante, para su ordenar el reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las acreencias laborales que solicita el demandante se le pague por ejercer como fisioterapeuta en la entidad demandada?

⁴⁸ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda consejero ponente: carmelo perdomo cuéter veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)ce-suj2-005-16

⁴⁹ Folio 78 a 88

3.3 Tesis

NO, se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo ficto o presunto demandado que niega el reconocimiento de la relación laboral existente entre la parte demandante y la entidad demandada

NO, Los contratos de prestación de servicios no implican de por si la realización de una relación laboral en el caso del demandante, para su ordenar el reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las acreencias laborales que solicita el demandante se le pague por ejercer como fisioterapeuta en la entidad demandada

3.4 Argumento central

Que del acervo probatorio allegado, claro es señalar que a fecha del 27 de agosto de 2013 en que la demandante presento la reclamación de la existencia de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales por haberse desempeñado como fisioterapeuta en la ESE Centro de Salud de Majagual ya habían prescritos las prestaciones sociales reclamadas salvo la pensión, en caso tal que su hubieran dados por prosperas las pretensiones de la demanda , situación que no aconteció, en virtud de que el ultimo vínculo contractual de la demandante se extendió hasta al fecha del 30 de abril de 2010 y está tenía 3 años para reclamar, acorde a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁰

Que los certificados de disponibilidad presupuestal y los registro presupuestales de los periodos contractuales relacionados, que se aportaron al proceso y que son discriminados a líneas anteriores no son evidencia indiciara de la prestación personal del servicios por parte demandante calidad de fisioterapeuta en la ESE Centro de Salud de Majagual pues estos documentos solo son muestras de la disponibilidad de la partidas presupuestales para ejecutar los contratos suscritos por la demandante y que hace parte de los presupuestos necesarios para adelantar el proceso de contratación por parte de cualquier entidad estatal

Que la parte demandada ni la parte demandante allegaron los documentación que se les solicito ni hicieron comparecer los testigos para recibirle declaración dentro del proceso, fecha 04 de abril de 2017⁵¹ y 19 de mayo de 2017⁵², acorde a lo señalado en el artículo 177 del C.C.P hoy 167 del C.G.P este orden de ideas era la parte demandante máxima interesada en la prosperidad en las pretensiones de la demanda quien debía asumir de manera activa la carga de probar los supuestos de hecho en los que se sustenta su demanda acorde a lo señalado en el la jurisprudencia reiterada parparte de Consejo de Estado⁵³

⁵⁰ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda consejero ponente: carmelo perdomo cuéter veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)ce-suj2-005-16

⁵¹ folio 221 a 224

⁵² folio 230 a 235

⁵³ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo seccion segunda subseccion bconsejera ponente: sandra lisset ibarra velez.- cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

En cuanto al prueba de la subordinación o dependencia era el demandante era quien tenía el deber de probar los supuesto de hecho en que se sustenta demanda, acorde a la jurisprudencia arriba reseñada y en el asunto de marras se pudo haber probado a través de la prueba testimonial y demás pruebas que decretadas en audiencia de fecha 11 de febrero de 2016 no se hizo allegar por parte de interesado en audiencias de pruebas que fueron programadas en dos oportunidades

Que haciendo uso de la prueba documental que reposa en el expediente de los contratos suscritos por el demandante y en calidad de fisioterapeuta y que se discriminan a líneas anteriores y de las demás pruebas allegadas al proceso se observa que la demandante ejercía en calidad de fisioterapeuta solo de 2 a 6 de la tarde, por lo que ni siquiera se veía obligada a tener una disponibilidad de tiempo más allá de las horas señalados en los contratos para desempeñar sus funciones por lo que no se logra vislumbrar que en el desarrollo del objeto contractual la soñera Diana Ríos Martínez estuviera subordinada a las órdenes de un superior o representante legal de la entidad accionada.

Que en calidad de fisioterapeuta en la que la demandante suscribió los contratos con la ese Centro de Salud de Majagual, no se encuentra cobijado en la presunción de subordinación o dependencia que en reiterada jurisprudencia ha establecido el consejo estado⁵⁴ por lo que recae la carga de la prueba en la parte solicitante al tener que demostrar que se configuro la subordinación entre las partes que suscribieron del contrato en mención excepto cuando se es docente médico y enfermera , donde se presume la existencia de la subordinación.

Por lo que con el acervo probatorio allegado, no se logran establecer los tres elementos que configuran la relación laboral entre el accionante, en calidad de fisioterapeuta y la ese Centro de Salud de Majagual, para que opere el principio de la realidad sobre las formalidades (art 53 C.P) por lo que encuentra configurada la excepción de fondo denominada de **inexistencia de la obligación y prescripción** que fuera propuesta por la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda

3.5. MARCO NORMATIVO/JURISPRUDENCIAL

Al respecto del contrato realidad es amplia la jurisprudencia del Corte Constitucional y Consejo de Estado y de la que señala que siempre que se demuestren los elementos del contrato de trabajo, primara esto sobre cualquier nombre o forma que se le quiera dar, en virtud del artículo 53 de la C.P

Ha indicado el Corte Constitucional⁵⁵

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes

⁵⁴ sentencia del 04 de marzo de 2010 de la sección segunda subsección A C.P dr Gustavo gomez Aranguren; providencia del junio 15 de 20011 seccion segunda subsección B C.P Gerardo arenas monzalve, providencia de la sección segunda subsección B del 16 de febrí de 2012 C.P dra berthia lucia ramirez de paez

⁵⁵ Corte Constitucional sentencia C-154 de 1997 diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997). Referencia: Expediente D-1430 Magistrado Ponente:Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. 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 último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

la problemática de la vinculación prestacional por medio de sendas y sucesivas ordenes de prestación de servicio, al amparo de las previsiones de la ley 80 de 1993, ha sido ampliamente debatida ante la jurisdicción de lo contenciosos administrativo, para dejar establecido que tales contratos, desde su celebración misma, disfrazan o encubren la real existencia de una relación de trabajo de la que los contratantes vinculados por medio de OPS pueden derivar el reconocimiento y pago de los derechos económicos laborales mínimos, siempre que en cada caso particular y concreto se acrediten los supuestos facticos que así permitan concluirlo

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicio así

3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicio los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Los apartes subrayados fueron declarados inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C -154 de 1997 con ponencia del Dr HERNANDO herrera Vergara "salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada" lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 del C.P

ARTÍCULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos

de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

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

La Corte Constitucional en citada sentencia se refirió al principio manifestando

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

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

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

Por su parte el Consejo de Estado respecto al principio de la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicio a señalado⁵⁶

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 servicio para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del 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

⁵⁶ Consejo de Estado sección Segunda SUBSECCION "B", sentencia del 16 de febrero de 2012 CP GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

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.

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 servicio cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Con respecto a los elementos de la prueba para demostrar la relación laboral, manifestó en la misma sentencia el Consejo de Estado

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁵⁷ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicio 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.

DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con quienes celebraron contratos de prestación de servicios, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otras personas como empleados públicos que laboran en el mismo centro.

Lo anterior, por cuanto desarrollan idéntica actividad, cumplen órdenes, horario y prestan servicio de manera permanente, personal y subordinada. Ello en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que prevé el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía a conceder prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de "indemnización" para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados que prestaban sus servicios en la misma entidad, tomando como base el valor pactado en el contrato.

⁵⁷ 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.

Se argumentaba la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal (artículo 53 de la Constitución Política) y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la contractual regulada por la ley 80 de 1993, tales cláusulas no regían para el derecho por falta de existencia, caso en el cual no se requería de pronunciamiento judicial.

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia:

1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios es contrario a la ley.

2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de Sala Plena, “es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, razón por la cual, surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...”.

Ahora bien, en el asunto resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionada, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación y teniendo en cuenta que el presente proceso cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el contrato y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia de C- 154 de 1.997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara.

La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un

contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Así mismo que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

Criterio que esta Corporación⁵⁸ ha compartido en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicio 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.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicio u órdenes de servicio durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

*Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicio hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4....”
(Exp. 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA).*

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Naturaleza jurídica / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Legitimación de hecho y material / LEGITIMACION EN LA CAUSA DE HECHO - Concepto / LEGITIMACION EN LA CAUSA MATERIAL - Concepto.

Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. Toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal

⁵⁸ Expediente 0245-2003

existente entre demandante □ legitimado en la causa de hecho por activa □ y demandado □ legitimado en la causa de hecho por pasiva □ y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de "... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada".⁵⁹

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO- Relación laboral /
RELACION LABORAL - Elementos que la configuran / PRESTACION DE
SERVICIOS PROFESIONALES Y LA RELACION LABORAL - Elementos visibles
de su existencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO- Actividad
independiente en donde el elemento de la subordinación no existe
/ SUBORDINACION - Requisito indispensable para demostrar la existencia de una
relación laboral**

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que para que se configure una relación laboral con la administración deben concurrir los elementos previamente relacionados y, en consecuencia, el contrato de prestación de servicio puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución. En efecto, en toda prestación de servicios, como por ejemplo el mandato, la prestación de servicio profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el servicio y su remuneración. No obstante, por las características especiales de la relación laboral, la jurisprudencia y en general la doctrina jurídica han buscado establecer el elemento determinante que permita distinguirla de las demás prestaciones de servicio y ha encontrado que no puede ser otro que la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, la cual es definida por la Corte Constitucional. En ese orden de ideas, en esta modalidad contractual se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicio tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas

⁵⁹ Consejo de Estado Sección tercera febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

*condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales*⁶⁰

Del contrato de prestación de servicios y la carga probatoria para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza el referido contrato estatal.⁶¹

Para determinar en quién recae la carga de la prueba, en primer lugar debemos recurrir al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual, en su numeral 3 define el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*²

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la

⁶⁰ Consejo de Estado sección segunda subsección B veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11) Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

⁶¹ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda subsección bconsejera ponente: sandra lisset ibarra velez.- cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

3.6. Conclusión

Claro es señalar que a fecha del 27 de agosto de 2013 en que la demandante presento la reclamación de la existencia de la relación laboral ya habían prescritos las prestaciones sociales reclamadas salvo la pensión, en caso tal que su hubieran dados por prosperas las pretensiones de la demanda , situación que no aconteció, en virtud de que el ultimo vínculo contractual de la demandante se extendió hasta la fecha del 30 de abril de 2010 y está tenía 3 años para reclamar, acorde a la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶²

En este orden de ideas, no se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que se configuro por la interposición y no contestación por parte de la ESE Centro de Salud de Majagual, del derecho de petición de 27 de agosto de 2013 donde la señora Diana Ríos Martínez solicito el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir mientras estuvo vinculado a la ese ESE Centro de Salud de Majagual en calidad de fisioterapeuta desde 14 de noviembre de 2004 a 15 de noviembre de 2005 y del 27 de abril de 2006 hasta el 31 de enero de 2011. En atención que no se logran establecer dentro del proceso los tres elementos que configuran la relación laboral entre el accionante, en calidad de fisioterapeuta y la ESE Centro de Salud de Majagual, para que opere el principio de la realidad sobre las formalidades (art 53 C.P)

3.7. Condena en costas.

De conformidad con los artículos 188 de la Ley 1437/2011, el 392 del C.P.C. y Acuerdo 1887 de 2003, habrá lugar a condenar en costas en 18 % en esta instancia a la parte demandante, por cuanto las actuaciones realizadas respecto a lo pretendido dentro del proceso, fue contestada la demanda y conforme a la actuación surtida en la audiencia inicial

IV DECISIÓN

Por lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: declárese Probada la **excepción de inexistencia de la obligación y prescripción** alegada por la entidad demanda, según se motivo

SEGUNDO: **niéguese** las pretensiones de la demanda, según se motivo

TECERO: **CONDENAR** en costa a la parte vencida, esto es, a la demandante. Fijar las agencias en derecho en esta instancia un 18%, según se motivo

⁶² Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda consejero ponente: carmelo perdomo cuéter veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)ce-suj2-005-16

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, **ARCHIVASE** el expediente. Previa las anotaciones del caso en los libros radicadores y el envío de las comunicaciones de cumplimiento de la sentencia a que hay lugar

QUINTO: Se aclara por parte de éste Despacho que el procedimiento notificadorio se rige por el Art. 203 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFIQUESE,



LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS
Juez segunda administrativo del circuito

lasc