



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, veintinueve (29) de noviembre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

RADICADO NO.: 70001.33.33.005.2013-00044-00

DEMANDANTE: Román de la Rosa Montenegro

DEMANDADO: Departamento de Sucre

Se procede a dictar sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor ROMÁN DE LA ROSA MONTENEGRO contra el DEPARTAMENTO DE SUCRE.

ANTECEDENTES

A – PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 4030 de fecha 9 de Octubre de 2012, expedida por el Departamento de Sucre y como consecuencia se restablezca el derecho, ordenando a la entidad demandada, lo siguiente:

1.1. Que se reconozca la calidad de empleado público del señor ROMAN DE JESUS DE LA ROSA MONTENEGRO, identificado con la cédula de ciudadanía No 85.467.125, en su calidad de funcionario de hecho de la Administración, por haberse desempeñado en el cargo de AUDITOR MEDICO en el periodo comprendido del 6 de mayo de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010.

1.2. Que se reconozca y cancele al demandante los siguientes conceptos salariales y prestacionales: asignaciones básicas mensuales en el período comprendido del 6 de mayo de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010, prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses, y los demás emolumentos salariales y prestacionales a que tienen derecho los servidores públicos del orden departamental en el periodo en que estuvo vinculado en la entidad, así mismo debe la administración reconocer y cancelar la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías en los términos legales.

2. Que los valores sean actualizados de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precio al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del presente fallo definitivo.

3. Que los valores se liquiden en concreto y se dé cumplimiento a lo conciliado en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

4. Que se condene en costas procesales a la demandada en virtud del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Manifiesta la apoderada del demandante que el señor Román de Jesús de la Rosa Montenegro fue vinculado a DASSSALUD-SUCRE en el cargo de “Auditor Médico” mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios, en los periodos comprendidos del 6 de

mayo hasta el 31 de diciembre de 2009 y del 29 de enero hasta el 31 de diciembre de 2010.

De igual forma expresa que la entidad demandada utilizó la figura del contrato de prestación de servicios con el objeto de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales, pero que en la práctica el demandante cumplió las funciones propias de los empleados públicos de la administración, percibiendo una remuneración salarial para el año 2009 de \$3.250.000.00 y en el año 2010 de \$3.000.000.00.

Sostuvo además que el demandante durante su vinculación cumplió un horario de trabajo, de lunes a viernes de 8:00 A.M a 12:00 M y de 2:00 P.M a 6:00 P.M, al igual que recibía órdenes directas de los empleados públicos del nivel directivo de DASSSALUD-SUCRE y en especial de la líder del programa de auditoría Dra. ELSY ITUKA ELJADUE, quien fungía en teoría como la Supervisora de los Contratos, pero en la práctica era la Jefe inmediata del demandante, de la cual recibía órdenes para el cumplimiento de las labores en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñaba.

Por último expresó que dada la continuidad en el cumplimiento de las funciones que le son propias al cargo de auditor médico, y al cumplimiento de horarios, así como el recibo de órdenes y funciones aparece demostrado igualmente elemento de subordinación, propio de la relación laboral.

C - FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El actor invoca como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 93, 122, inc. 2° del artículo 123 y 125 de la Constitución Política; artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978 y Decreto 1919 de 2002.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa, que se desconocen los derechos constitucionales señalados, ya que el actor fue

vinculado a la Administración mediante contratos de prestación de servicio, adquiriendo la calidad de funcionario de hecho de la entidad en la modalidad de empleado público, por cuanto cumplió funciones que le son propias a este y recibió órdenes tanto del nominador de la entidad como de los funcionarios de alto nivel, debiéndosele aplicar al presente asunto el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, establecido para los sujetos de las relaciones laborales previstas en el artículo 53 de la constitución política, por cuanto en la planta de personal de la entidad demandada existen cargos afines con las funciones que cumplía el demandante.

II. TRAMITE PROCESAL

A – La demandan fue admitida mediante providencia de fecha 1° de abril del año 2013 y notificada a la entidad accionada, quien constituyó apoderado judicial y contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos la entidad demandada expresó que son ciertos el 4°, 10° y 12; que no son ciertos el 2°, 3°, 7°, 8°, 9° y 11°. En lo tocante al hecho 1°, adujo que ese hecho es *“parcialmente cierto”*. Pues, si bien se suscribieron varios contratos de prestación de servicios los mismos no se hicieron con el fin de desdibujar la relación laboral y mucho menos de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales, por cuanto el propósito de la celebración del contrato fue desarrollar actividades relacionadas con la administración; cláusulas estas que fueron aceptadas libre y espontáneamente por el contratista. Atinente al hecho 5°, manifestó que *“no le consta”*, por lo que pide que se pruebe el cumplimiento del horario señalado. En lo que respecta al hecho 6°, indicó que se debe probar la presunta subordinación alegada, sobre todo el argumento que recibía órdenes directas de los empleados públicos del nivel directivo de Dasssalud. Finalmente en lo concerniente al hecho 13°, señala que debe tenerse en cuenta que Dasssalud es una dependencia que se encuentra liquidada. Frente a las pretensiones, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las mismas.

Por último propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia del derecho reclamado.- Fundada en que el vínculo que tuvo el demandante fue de carácter contractual regido por la Ley 80 de 1993, por manera que no le asiste el derecho a reclamar el pago de prestaciones sociales.

- Prescripción.- Por cuanto el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 señala que el término de prescripción de los derechos consagrados en dicho decreto prescribirán a los tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y el simple reclamo por escrito interrumpe la prescripción por un lapso igual. Así mismo el Decreto 1848 de 1969, el cual reglamenta el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 102 dispone que las acciones que emana de los derechos consagrados en el Decreto en mención prescriben en tres años. De conformidad con lo anterior, se tiene que en el presente asunto hay contratos que se ejecutaron en el año 2009 y teniendo en cuenta que la reclamación se hizo el 25 de septiembre de 2012, sobre los mismos ha operado el término de prescripción de los derechos señalados, pues han transcurrido alrededor de 3 años.

B- AUDIENCIA INICIAL.-La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 1° de agosto del año 2013, y celebrada el día el 21 de agosto de esa misma anualidad, a las 10:00 AM, en el desarrollo de la misma se agotó la etapa saneamiento del proceso y se resolvió la excepción de "*Prescripción*", así como las siguientes subetapas que la componen, quedando constancia en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada al expediente a folio 72 y en la respectiva acta de registro visible a folios 64 a 69.

C- AUDIENCIA DE PRUEBAS.- En audiencia inicial, como quiera que hubo lugar a la práctica de pruebas, se dispuso fijar el día 17 de octubre de 2013, a las 10:30 AM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de

pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, llegado el día y hora señalado, fue celebrada, haciéndose el recaudó de las pruebas decretadas, tal como consta en la correspondiente grabación de video y audio, la cual se encuentra incorporada a folio 78 del expediente, y en las respectivas actas de registro visible a folios 75 y 77.

D- ALEGACIONES.- Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto ordenó que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del CPACA. Sin embargo dentro del término concedido, ninguna de las partes alegó de conclusión. La Agente del Ministerio Público que actúa ante este despacho tampoco presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- PROBLEMA JURIDICO.- Se contrae a determinar si el demandante, vinculado por el Departamento de Sucre como “Auditor Médico” mediante contrato de prestación de servicios a DASSSALUD – Sucre, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás factores salariales a título de reparación del daño, en virtud de la existencia de una relación laboral de facto, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, o si por el contrario, los contratos de prestación de servicios fueron celebrados y ejecutados conforme a la ley.

Debiendo entonces verificar la legalidad del acto administrativo acusado, Resolución No. 4030 de fecha 9 de octubre de 2012, mediante el cual Departamento de Sucre negó reconocer por vía administrativa las prestaciones sociales solicitadas por el demandante.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho analizará los siguientes aspectos: i) Marco jurisprudencial del contrato realidad, ii) Material probatorio, y iii) El caso concreto.

i) Marco jurisprudencial del contrato realidad.- Como quiera que el asunto materia de la litis ha sido decantado y precisado su alcance por parte del H. Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso, la Sección Segunda (Sentencias: Rad. Int.: I.J. 0039 DE 18 Nov. de 2003; y Rad. In.: 4248-02 de 12 feb.2004, Rad. Int2152-06 de 6 de marzo de 2008) el despacho, en consecuencia seguirá el mismo derrotero jurisprudencial para efectos de la decisión del sub – lite, conforme la citada jurisprudencia analizará las pretensiones y fundamentos del líbello demandatorio conforme a los criterios y la normatividad jurídica que le es aplicable así:

En primer término, se tiene que el artículo 32-3 de la ley 80 de 1993, ha reiterado la legalidad del contrato de prestación de servicios conforme el objeto para el cual lo autoriza la ley, además que no existe identidad de la realidad jurídica derivada del contrato con la situación a la que se ven sometidos bajo una relación legal y reglamentaria, situación distinta que no genera violación al derecho a la igualdad, además se hizo énfasis en la decisión en la relación de coordinación que debe existir entre contratante y contratista, ahora, en el evento de considerar que él disfraza otra relación; se precisan los elementos a evaluar en la litis, a partir de la legalidad del contrato, y debe orientarse a demostrar la invalidez del mismo por su deformación y la prueba concurrente de los elementos de la relación existente, como base para garantizar los derechos subjetivos del contratista.

Pues, se admitía sin formula de juicio, que en los eventos en que el contrato de prestación de servicios ocultara una relación laboral pública, sus cláusulas violaban el artículo 53 de la Carta, sobre primacía de la realidad sobre las formas, y como no reconoce derechos laborales irrenunciables, viola los

artículos 15 y 16 del C.C., que prohíben a los particulares derogar las leyes mediante convenios, y entonces concluye que el contrato es inexistente lo cual no requiere pronunciamiento judicial.- Y ante esto, no puede conceder al afectado pago de prestaciones sociales, y entonces ordenaba a título de indemnización el pago de una suma equivalente a la causada por empleados similares de la entidad, tomando como base el valor pactado como remuneración.

En segundo lugar, la posición jurisprudencial ha mantenido que la coordinación existente entre contratante y contratista comprende que éste se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo de la labor contratada, lo cual incluye el cumplimiento de horarios, el hecho de recibir instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que implique necesariamente la configuración del elemento subordinación¹, dependerá en cada caso de las circunstancias especiales que rodean la relación.

El punto objeto de examen ha sido igualmente valorada recientemente la Corte Constitucional en sentencia C- 614 de 2009. M.P Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, estableciendo los criterios diferenciadores de los contratos de prestación de servicios y los contratos laborales, los cuales deberá estudiarse a fondo en el análisis del caso concreto, así se expresó:

“(…) La administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante

¹ Al respecto ver sentencias de 16 de noviembre de 2006. Exp. 9776 MP Jose Maria Lemos Bustamante, reiterada en la sentencia 1343-2009 de 7 de octubre de 2010 Mp. Bertha Lucia Ramirez de Paez.

vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003², de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó (...)

(...)

ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008³).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003⁴). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008⁵).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002⁶ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual (...)

(...)

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003⁷, (...)

² Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

³ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

⁴ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02

⁵ Consejero Ponente: Jaime Moreno García, expediente 2776-05

⁶ Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001

⁷ Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

Decisión que ha sido interpretada y acogida por el Consejo de Estado en la sentencia que viene citada⁸, de la siguiente forma:

“...De lo anterior se concluye que una de las condiciones que permite diferenciar un Contrato laboral de un Contrato de Prestación de Servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la Entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios⁹. De lo contrario, se está en presencia de un contrato realidad.

A juicio de la Sala, la Administración al vincular personal que desarrolló en forma permanente y continua funciones públicas, está desconociendo las formas previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al Servicio Público, las garantías laborales y derechos fundamentales de quien precariamente fue vinculado”.

Siguiendo este panorama sobre el contrato de prestación de servicios y sus diferencias con una relación de carácter laboral, la línea argumentativa del Consejo de Estado¹⁰ ha advertido:

“...que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

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

⁸ Sentencia de siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).REF.: EXPEDIENTE No. 150012331000200101577 01No. INTERNO: 1343-2009. MP. Bertha Lucia Ramirez Páez.

⁹ Sentencia C-614 de 2009, Corte Constitucional.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda. CP: GERARDO ARENAS MONSALVE quince (15) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

En conclusión, en ciertas circunstancias la labor desarrollada y el cumplimiento de horarios es tenido como factor determinante de subordinación, pues depende de los sucesos que rodearon la vinculación, aunado a la necesidad de permanencia del contratista dentro de la institución, la continuidad de la relación, si era indispensable la persona para desempeñar la función pública que no fuera posible desarrollarla con personal de planta, de allí que corresponde apreciar al juez si se verifican elementos que configuren la subordinación jurídica dentro de la relación laboral, más allá de la coordinación entre contratante y contratista que impera en la contratación pública; lo anterior dentro de los criterios señalados por las altas cortes para determinar cuándo se desfigura la contratación pública y da senda a la contratación laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad.

Finalmente y en lo que respecta a la vigencia en el tiempo de los derechos que surgen del contrato realidad, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado venía aplicando la prescripción trienal de los mismos, consagrada en el art. 102 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968, bajo el argumento que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada. Tesis que fue cambiada a partir de la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, rad. No. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), en la que esa Sección indicó que es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, al ser esa sentencia de naturaleza constitutiva, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia. De suerte entonces, que tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. Al respecto se transcriben los apartes de la referida providencia:

(...)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

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

Esta tesis ya había sido adoptada por la Subsección “A”, con el siguiente tenor literal:

“Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”¹¹

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar

¹¹ Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”¹²

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”.

Precisado lo anterior, se procederán a estudiar las pruebas allegadas al proceso, y así dilucidar el caso en concreto con miras a determinar la concurrencia o no del derecho elevado.

2) DE LO PROBADO EN EL PROCESO: Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

1. Contratos de prestación de servicio No. PSP #70-032-0-01-10, de fecha 29 de enero de 2010, suscrito entre el señor Román de Jesús de la Rosa Montenegro y el Departamento de Sucre, cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales para supervisar el área de auditoría médica de DASSSALUD-Sucre y duración de 11 meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta el 31 de diciembre de 2010. (Fls. 53 a 56 C.ppal)

2. Contratos de prestación de servicio No. 70-005-0-05-09, de fecha 6 de mayo de 2009, suscrito entre el señor Román de Jesús de la Rosa Montenegro y el Departamento de Sucre, cuyo objeto es la consultoría para el fortalecimiento

¹² Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

del área de auditoría médica de DASSSALUD-Sucré y duración de 8 meses, contados a partir del perfeccionamiento del contrato y hasta el 31 de diciembre de 2009. (Fls. 57 a 59 C.ppal)

3- EL CASO CONCRETO.- En el asunto se pretende la nulidad de la Resolución No. 4030 de fecha 9 de octubre de 2012, expedida por el Gobernador del Departamento de Sucre, que resolvió negar la solicitud de pago de prestaciones sociales formuladas por el señor Román De La Rosa Montenegro, originados por la presunta existencia de la relación laboral entre el demandante y la entidad demandada.

En la demanda aseveró la parte actora que el señor Román De La Rosa Montenegro fue vinculado a DASSSALUD – Sucre para desempeñar el cargo de Auditor Medico, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 6 de mayo al 31 de diciembre de 2009 y del 29 de enero hasta el 31 de diciembre de 2010, convirtiéndose así en un funcionario de hecho de la administración, en atención a que en la práctica no era contratista de la administración sino un verdadero empleado público con investidura irregular.

Frente a lo anterior, se hace necesario precisar, que por funcionario de hecho, se identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario.¹³

Al respecto, el H. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B, C.P Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, exp. No. 850012331000200500571-01 (1457-2008), ha establecido que:

“En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el

¹³ SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.”

De lo anterior se puede concluir que un funcionario de hecho es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular, es decir la irregularidad se puede presentar cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele vinculado de manera regular, la condición de empleado se pierde, más sin embargo sigue ejercicio sus funciones. Entonces bien, para que se pueda configurar el funcionario de hecho se requiere la existencia de derecho del cargo y el ejercicio de la función pública de manera irregular, es decir que el cargo ha de ejercerse en la misma forma como lo hubiera desempeñado un empleado nombrado de manera regular.

En el presente caso, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y que fueron descritas en el acápite anterior, se encuentra acreditado que el demandante señor Román de la Rosa Montenegro prestó sus servicios al Departamento de Sucre - DASSSALUD, en el cargo de Auditor Médico, mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, en los términos comprendidos del 6 de mayo al 31 de diciembre de 2009 y del 29 de enero al 31 de diciembre de 2010, y cuyo objeto consistía en: *“Consultoría para el fortalecimiento del área de auditoría médica de Dasssalud – Sucre, por poseer idoneidad y la experiencia relacionada con el área y por estricta necesidad del servicio al no existir en la planta de personal del Departamento – Dasssalud el personal idóneo suficiente para desarrollar el objeto contratado”* y *“Prestación de servicios profesionales para supervisar el área de auditoría médica en Dasssalud – Sucre, por poseer idoneidad y la experiencia relacionada con el área y por estricta necesidad del servicio al no existir en la planta de personal del departamento el personal idóneo suficiente para desarrollar el objeto contratado”*¹⁴, según consta a folios 17 a 23 del C.ppal.

14 Tomado del objeto contractual citado en los contratos de prestación de servicios ya descritos.

De esta manera, probado está la modalidad y vinculación del demandante con el Departamento de Sucre-DASSSALUD, durante los períodos arriba indicados.

Respecto al elemento de la contraprestación, de acuerdo con lo estipulado en cada uno de los contratos de prestación de servicios relacionados en el acápite de pruebas, se encuentra demostrado que el actor percibía una remuneración o contraprestación económica por el servicio prestado -suma de dinero- que era cancelada por mensualidades vencidas, tal como lo demuestran cada uno de los contratos de servicios, en cuyo encabezado se indica la cifra a recibir por la actividad a realizar. Elemento éste que si bien no fue controvertido por la entidad demandada en su contestación, precisó que las sumas recibidas por el actor fueron en calidad de honorarios y no de salarios.

En lo tocante al cumplimiento de horario, no avizora el despacho prueba alguna que permita inferir siquiera sumariamente de que el demandante haya cumplido el horario de trabajo alegado, el cual comprende de lunes a viernes de 8:00 Am a 12 M y de 2:00 a 6:00 Pm, en los periodos del 6 de mayo al 31 de diciembre de 2009 y del 29 de enero al 31 de diciembre de 2010. Aunado, es de aclarar que en el evento de que la persona tenga un horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato), por sí solo no puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria.

Ahora, en lo que concierne al elemento de la subordinación y dependencia, no se advierte en el plenario prueba alguna tendiente a demostrarlo, como lo son testimonios, órdenes o llamados de atención por parte de la señora ELSY ITUKA ELJADUE, quien afirma el demandante en su libelo inicial era su jefe inmediata. Amén de lo expuesto, tampoco acreditó por cualquier otro medio de prueba, directriz fijada por su jefe inmediato o superior del actor, ni mucho menos el cumplimiento de funciones propias de un empleado de planta, elementos estos necesarios para desdibujar o desnaturalizar el contrato de

prestación de servicios celebrado entre las partes. Por manera que al no demostrarse el elemento de la subordinación para comprobarse la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios suscritos, se mantiene incólume la prestación de servicio profesional que suscribió el actor señor Román de la Rosa Montenegro con el ente accionado.

En suma a lo anterior, en la contratación de prestación de servicios realizada en el sub-lite no se probó que se hiciera con la finalidad de ocultar una relación laboral pública en la entidad.

En estos términos, advierte el despacho que la vinculación existente entre las partes es de tipo contractual y no de hecho como lo asevera la parte actora, dado que no se logró demostrar la relación laboral de facto o de hecho que se predica; además de ello tampoco se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público, toda vez que no obra en el plenario prueba alguna acerca de la existencia en la planta de personal de la entidad demandada el cargo de Auditor Médico, ni que el demandante ejerciera durante su vinculación contractual funciones propias de los empleados públicos vinculados de manera regular.

Por el contrario, los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, dan cuenta de la necesidad del servicio, pues del contenido de los actos en mención se extrae que no existe en la planta de personal de esa entidad personal idóneo suficiente para el desarrollo del objeto contratado, situación ésta que no fue desvirtuada por la parte actora.

Cabe recordar que uno de los principios generales del derecho probatorio, se encuentra consagrado en el artículo 177 del C.P.C., aplicable por la remisión que nos hacen los arts. 211 y 306 del C.P.A.C.A, según el cual corresponde a las partes la carga de la prueba. En tratándose de contratos de prestación de servicios, cuando el contratista alegue que su vinculación se convirtió en una verdadera relación de trabajo, en aplicación del principio de la

primacía de la realidad frente a las formalidades propias de la contratación, le corresponde demostrar que durante la relación se dieron los tres elementos propios de la relación laboral, no otros que la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia, para la prosperidad de sus pretensiones.

En el asunto, como quiera que la parte actora no logró acreditar la subordinación o dependencia, ni probó la existencia en la planta de personal de la entidad demandada el cargo de Auditor Médico, ni que el demandante ejerció durante su vinculación contractual funciones propias de los empleados públicos vinculados de manera regular, se impone la negación de las pretensiones de la demanda y la prosperidad de la excepción de inexistencia del derecho reclamado, propuesta por la entidad demandada.

- **COSTAS:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 392 numeral 1° del CPC, se condenará a la parte demandante Román de la Rosa Montenegro, al pago de las costas, en atención a la negativa total de las pretensiones.

En consecuencia, en aplicación del Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3.1.2 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente al 1% del valor de las pretensiones (\$ 43.167.249,96, fol. 14) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 1° de abril de 2013, lo que equivale a la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$431.672,49).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las súplicas de la demanda.

TERCERO: Condénese en costas a la parte demandante, fíjense las agencias en derecho en la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$431.672,49). En firme la presente providencia, por secretaría realícese la liquidación correspondiente

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, cáncese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza