



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de octubre del 2014

SENTENCIA No. 155/14

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ESTEBANA MARCELINA Menco Menco
DEMANDADO: ESE DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE
RADICACIÓN: 13-001-33-33-012-2013-00148-00

ASUNTO: CONTRATO REALIDAD-PRUEBAS

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, por intermedio de apoderado judicial contra la ESE DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE. Radicado N° 13-001-33-33-012-2013-00148-00

LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

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

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

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, y de acuerdo con los supuestos facticos de la demanda, se ordene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, a reconocer y a pagar a la demandante los numerales del 1 al 16 que se encuentran en folios (2 al 3), del expediente.

1.2 HECHOS

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

La señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, presto sus servicios a órdenes de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, desde el día 6 de septiembre de 2009 en el cargo de PROMOTORA DE SALUD, en el cual hace parte del PLAN OPERATIVO ANUAL (POA) en zona rural del municipio de magangue,



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

exactamente en los corregimientos de Barbosa y sitio nuevo, en el horario establecido, el cual comenzaba desde las 08: AM. Hasta las 06:00 PM. Y permanencia disponible las 24 horas del día, y recibía una remuneración mensual.

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

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

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

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa el demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Como normas violadas tenemos: Constitución Política de Colombia artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, y 125; Ley 6 de 1945; art 17; decreto 1160 de 1947; art. 1, 2 y 5; decreto 3135 de 1968; art 11 s.s; decreto 3148 de 1968; art 1º; decreto 1848 de 1969; art 51 s.s; ley 11 de 1984, art 7; ley 70 de 1988; art 1 y 2; ley 244 de 1995; art 4º, párrafo único; decreto ley 1045 de 1978, art 25; decreto ley 1042 de 1978, art 59; decreto ley 2351 de 1965, art 38 y decreto E 1661/91, art 1º.

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

Manifiesta que las jurisprudencias relacionadas con estos temas, precisan el verdadero alcance del principio de la realidad sobre las formas, reconociéndoles a estos trabajadores por contrato u OPS el pago de todas sus prestaciones sociales basados en este principio. Independientemente del nombre que las partes le asignen al contrato, lo



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

verdaderamente relevante es el contenido de la relación de trabajo y es así que, existirá una relación de trabajo cuando se presten servicios personales; se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección y se acuerde una contraprestación económica por el servicio prestado.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad accionada del presente proceso no presentó contestación de la demanda.

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante del presente proceso no presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada del presente proceso presentó los siguientes alegatos de conclusión;

Con el formato "REGISTRO MENSUAL DE ACTIVIDADES DE LA PROMOTORA" la actora pretende demostrar una relación laboral, sin embargo este instrumento al igual que "EL CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES MENSUALES", son los formatos para verificar el cumplimiento de las metas asignadas para cada programa, en el caso particular, el de vacunación.

Revisando el expediente la demandante no aportó contrato alguno, para demostrar su vínculo laboral, solo los documentos señalados, que son material utilizados por la secretaria de salud, para llevar a cabo el plan ampliado de Inmunización PAI.

En cuanto a la certificación de tiempo de servicios y salarios de fecha 2010, firmado por la coordinadora de PAI y allegado al expediente por la apoderada de la demandante, me aparto de su contenido, teniendo en cuenta que quien debe certificar el jefe de talentos humanos de la fecha, porque es la dependencia que posee las hojas de vida de todos los contratistas y empleados de la entidad de salud y no la coordinadora del programa PAI, o en su defecto la secretaria de salud.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito comedidamente a su señoría, despachar de manera desfavorable las peticiones de la demanda.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con relación al caso se observa que la parte demandante no presentó copia de los contratos de trabajos celebrados entre las partes, prueba esta supremamente importante a la hora de establecer si existió o no violación por parte de la entidad demandada, es menester recordar que a la hora de solicitar pretensiones la parte demandante debe correr con la carga de la prueba para dar veracidad a lo ya solicitado. (Folio 100).



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 22 de abril de 2013 y sometida a reparto el mismo día (fl. 59), la demanda fue inadmitida mediante auto del 6 de mayo 2013 (fls 65 al 66), luego la demanda fue admitida mediante auto del 31 de mayo de 2013 (fls. 82 al 85).

Posteriormente, mediante auto del 03 de junio de 2014 el despacho cita a audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fls. 96 al 98) la cual se llevara a cabo el día 9 de julio del 2014. El día 27 de agosto de 2014 se verifica la audiencia de pruebas a la que no asiste la parte demandante en el proceso. A continuación de la audiencia de pruebas, se adelantó la audiencia de alegaciones y juzgamiento, tal y como se había dispuesto en la audiencia inicial.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Al entrar el despacho a decidir sobre el mérito de la demanda, debe verificar que se hayan reunido los presupuestos procesales indispensables para la constitución regular del medio de control deprecado pues de no ser así, el despacho se vería avocado a declararse inhibido para fallar el problema de fondo. En el proceso contencioso administrativo deben cumplirse una serie de presupuestos que condicionan no solo su nacimiento válido sino su normal desenvolvimiento y su culminación mediante un fallo con carácter de sentencia. Son presupuestos procesales de la demanda, a) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa b) capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio de la parte demandante y demandada, c) que la demanda reúna los requisitos exigidos por la ley.

En este orden de ideas, una vez revisado el trámite procesal de marras, se deja constancia de que se ha cumplido con los presupuestos procesales y además, no se observa causal alguna de nulidad procesal que invalide lo actuado, por lo que pasa el despacho a pronunciarse de manera oficiosa sobre la excepción de falta de jurisdicción antes de resolver el fondo del presente asunto.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), encontramos que este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO

Radica en establecer si se encuentra probado que entre la demandante y la entidad demandada existió un vínculo laboral y si por ello tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, o de lo contrario, si existió solo una relación contractual sin derecho a prestación alguna.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

TEORIA DEL CASO DE LA PARTE DEMANDANTE

La parte demandante afirma que existió entre ella y la ESE de Magangué, un vínculo laboral que debe ser reconocido, y como consecuencia de ello, tiene derecho al pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales generadas de esa relación laboral.

TEORIA DEL CASO DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada por su parte, sostiene que no existió vínculo contractual o laboral con la demandada.

TESIS DEL DESPACHO

Encuentra el despacho que en el presente asunto NO se acredita la existencia de los elementos propios de una relación laboral cuya declaratoria se reclama, específicamente la prestación del servicio, subordinación y el pago de una remuneración por sus servicios, como consecuencia de ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a negarse.

MARCO JURIDICO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 25

ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Artículo 53

ARTICULO 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.(...) Negrillas fuera de texto

Artículo 150

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
 Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.



REPUBLICA DE COLOMBIA
 JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

Ley 80 de 1993. Artículo 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

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 conocimiento especializados

El Consejo de Estado, en múltiples oportunidades se ha referido al tema que nos ocupa, pero es pertinente citar la sentencia del 4/03/2010, Rad. 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en donde hace un recuento de los antecedentes jurisprudenciales a esa fecha y fija la posición de esa Alta Corporación al respecto, veamos:

“El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). **De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta**



REPUBLICA DE COLOMBIA
 JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00

ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Negrillas fuera de texto)

En similar sentido el mismo Consejo de Estado¹ expuso:

“Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente, -la subordinación y dependencia- en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.”

En otra providencia expuso:

“..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 servicios 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 servicios 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 servicios 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 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. 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 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.**”(Negrillas fuera de texto)

¹ C. de E. , sentencia del 18 de mayo de de 2011, rad. 0056-10



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

La Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 establece las diferencias ente contrato de prestación de servicios y contrato laboral en la cual concluye lo siguiente:

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Características

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 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.

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Diferencias

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos

Sobre la importancia de los contratos de prestación de servicios para demostrar la prestación efectiva del servicio, el Consejo de Estado² ha expuesto lo siguiente:

"..de manera que en estos casos y dentro de ésta acción se prueba contra los contratos, es decir, que éstos no sólo acreditan la prestación efectiva de los servicios durante el lapso que señalan sino que constituyen punto de partida para que con el restante material probatorio se desvirtúe su contenido, lo que sin duda alguna impone para la parte actora la carga probatoria de aportarlos y en ausencia de ello, obliga al Juez a desechar los periodos que no se encuentren respaldados por la fundamental prueba que permite el análisis jurídico que conduce a la prosperidad de las pretensiones entratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad."

² Sección Segunda, sentencia del 4 de marzo de 2010, Rad. 1413-08



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

VALORACIÓN PROBATORIA

Teniendo en cuenta el caudal probatorio allegado al proceso, procederá el despacho a realizar la valoración de aquel material que interesa para acreditar aquellos hechos que requieren ser probados de acuerdo a lo planteado en la audiencia inicial. En esta dirección, tenemos lo siguiente:

Corresponde a la parte demandante probar las siguientes afirmaciones:

Que la demandante prestó sus servicios a la ESE del Municipio de Magangue en el cargo de promotora de salud en zona rural del municipio de Magangue en el horario de las 8 a.m. a las 6 p.m. Y permanecía disponible las 24 horas del día y recibía una remuneración mensual.

Que en la relación laboral existente se dieron los elementos para que se proceda al pago de lo que se reclama es decir, actividad personal; continuada dependencia o subordinación; un salario como retribución y el cumplimiento del horario de trabajo establecido por la ESE del municipio de magangue.

Que la demandante agoto la vía gubernativa mediante petición de fecha 15 de diciembre de 2011, sobre el cual no se produjo respuestas por parte de la demandada.

La entidad demandada no consigno dentro del plazo legal a la cuenta individual de cesantías, las sumas correspondientes a este concepto por los años 2009 y 2010.

A la demandante, durante todo el tiempo de prestación del servicio no se le canceló auxilio de transporte ni se le ha entregado calzado y vestido de labor por tal razón se le adeudan estas prestaciones.

Pruebas que trae la parte demandante

Con relación a que la demandante ejercía el cargo de promotora de salud en la ESE de Magangue desde el día 6 de septiembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2010 y cumplía horario, se trae como prueba la relación de formatos diligenciados denominado cronograma de actividades mensuales, visitas domiciliarias, resumen mensual actividades, sin embargo, las mismas no comprenden todo el tiempo que afirma la actora estuvo vinculada con la entidad demandada, los formatos provienen de diferentes entidades como Alcaldía de Magangue-Secretaria de Salud, ESE Magangue y Gobernación de Bolívar.

Algunos de los mencionados documentos como lo son los denominados cronograma de actividades contienen la actividad programada, duración de la actividad y día, otros contienen números de visitas realizadas, además que viene suscrito por la responsable, en este caso ESTEBANA MENCO, con cargo promotora de salud y con el visto bueno del Coordinador PAI.

DOCUMENTO	TIEMPO PROGRAMADO O EJECUTADO	FIRMAS	FOLIO



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

Cronograma de actividades Mensuales ESE Magangue	Sin mes y año	Coordinador responsable	PAI,	37
Busqueda activa, Gobernación de Bolívar	Septiembre, sin año	Responsable		38
Visitas domiciliarias ESE Magangue	5-Sept/10	Coordinador responsable	PAI,	39
Visitas domiciliarias ESE Magangue	1 y 3-Sept/10	Coordinador responsable	PAI,	40 y reverso
Resumen mensual actividades promotora ESE Magangue	24/09/10	Coordinador responsable	PAI,	41
Cronograma de actividades Mensuales ESE Magangue	Sept/2010	Coordinador responsable	PAI,	42
Resumen mensual actividades promotora Alcaldía Municipal de Magangue-Secretaria de Salud	Sept/10	Coordinador responsable	PAI,	43
Resumen mensual actividades promotora ESE Magangue	Septiembre/sin año	Coordinador responsable	PAI,	44
Resumen mensual actividades promotora ESE Magangue	Octubre/sin año	Coordinador responsable	PAI,	45
Cronograma de actividades Mensuales. Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	Octubre de 2010	Coordinador responsable	PAI,	46
Cronograma de actividades Mensuales. Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	Octubre de 2010	Coordinador responsable	PAI,	47
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue	Sin fecha	Coordinador responsable	PAI,	48



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

Secretaria de Salud				
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	25/09/10	Coordinador responsable	PAI,	48, reverso
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	24/09/2010	Coordinador responsable	PAI,	49
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	18/09/2010	Coordinador responsable	PAI,	50
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue ESE MAGANGUE	Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	51 y reverso
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	3-Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	52
Visitas domiciliarias Alcaldía Municipal de Magangue Secretaria de Salud	Sin fecha	Coordinador responsable	PAI,	52, reverso
Resumen mensual actividades promotora Ese Magangue	Septiembre, sin año	Coordinador responsable	PAI,	53
Resumen mensual actividades promotora Ese Magangue	Septiembre, 2010	Coordinador responsable	PAI,	54
Visitas domiciliarias Ese Magangue	Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	55
Visitas domiciliarias Ese Magangue	Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	55, reverso
Visitas domiciliarias Ese Magangue	Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	56
Visitas domiciliarias Ese Magangue	3-Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	56, reverso
Cronograma de actividades Mensuales Alcaldía de Magangue Secretaria de Salud	Enero-2010	Coordinador responsable	PAI,	57
Resumen mensual actividades	Agosto/2010	Coordinador responsable	PAI,	58



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

promotora Magangue	Ese			
-----------------------	-----	--	--	--

Trae además los testimonios de LUCY ESTHER MONTES MERCADO, y ROSMYRIAM PABUENA JIMENEZ, quienes son coincidentes en afirmar que la señora ESTEBANA Menco Menco trabajó en la ESE Municipal de Magangue como promotora de salud en el corregimiento de Barbosa y Sitio Nuevo desde el 6 de septiembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2010, cumplía horario de ocho de la mañana a seis de la tarde y realizaba diferentes actividades que le exigía la ESE Municipal como vacunación, toma de presión y curaciones.

La señora ESTEBANA Menco Menco, recibía un sueldo por \$640.500,00 pesos mensuales, cumplía las órdenes dadas por la coordinadora del PAI quien se llama Margarita Viña, y quien le exigía vestir con uniforme, horario y disponibilidad de tiempo. Incluso afirman que el cargo desempeñado existe en la planta de Personal de la ESE Magangue.

Con relación a dichos testimonios es dable decir que ROSMYRIAM PABUENA JIMENEZ y LUCY ESTHER MONTES MERCADO, se encuentran en la misma situación fáctica de la demandante con respecto a la ESE, pues relatan que ejercieron la actividad de promotora de salud en la ESE Magangue para los años 2009 y 2010, recibían un sueldo, y tuvieron como superior jerárquico a la coordinadora del PAI, además de ello, al igual que la demandante presentaron demanda contra esa entidad con similares pretensiones a la demanda que nos ocupa como es la declaratoria del contrato realidad³, dichas circunstancias le restan credibilidad e imparcialidad a sus relatos pues va encaminado a favorecer sus propios intereses ante la entidad demandada.

Obra certificación expedida por la Coordinadora PAI ESE del Municipio de Magangue señora MARGARITA VIÑAS ARIAS de 23 de octubre de 2010 mediante la cual se declara que la señora ESTEBANA Menco Menco, se desempeñó en el cargo de promotor de salud entre el día 6 de septiembre de 2009 hasta el día 30 de septiembre de 2010. (Fl. 148)

Pruebas que sustentan la tesis probatoria de la demandada

Por su parte la demandada allega informe suscrito por el señor Gerente de la ESE Río Grande de la Magdalena (Antes ESE de Magangue), en el cual expone que con la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco no tuvieron vínculo contractual o laboral alguno y de otra parte señala que el programa ampliado de inmunización PAI, lo maneja directamente la Secretaria de Salud del Municipio de Magangue. (Ver folio 165 a 167)

³ Ver informe presentado por el Gerente ESE Río Grande de la Magdalena al Juzgado 11 Administrativo de Cgna y página web de la rama judicial-consulta de procesos. (Fl. 164)



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00

ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

El señor Gerente de la ESE Río Grande de la Magdalena (Antes ESE de Magangué) en informe dirigido al Juzgado 11 Administrativo de Cartagena señala que el cargo denominado promotor de salud no ha existido en la Planta de cargos de la entidad. (Ver folio 164)

Conclusiones probatorias del despacho

Analizadas en su conjunto las pruebas traídas por las partes, el despacho encuentra que la parte demandante no logró siquiera demostrar que efectivamente la señora ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO prestara sus servicios a la ESE del Municipio de Magangué en el cargo de promotora de salud entre los años 2009 y 2010.

Ello en primer lugar por cuanto no obran los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes por dicho periodo de tiempo, como bien lo ha enseñado el Consejo de Estado, esta prueba documental es fundamental a la hora de demostrar la efectiva prestación del servicio como la presunta relación laboral que allí se oculta, y es que otras pruebas como certificados, planillas u otras, no pueden suplir la calidad probatoria de los mencionados contratos.

En el presente caso obra certificación de la Coordinadora del PAI mediante la cual se declara que la señora ESTEBANA MENCO MENCO, se desempeñó en el cargo de promotor de salud entre el día 6 de septiembre de 2009 hasta el día 30 de septiembre de 2010 en la ESE de Magangué, sin embargo, para el despacho lo manifestado por la Coordinadora del PAI no tiene la capacidad de representar la voluntad de la ESE Magangué, que por ser un tema contractual debe provenir del representante legal o de la persona delegada para tal efecto.

En cuanto a los cronogramas de actividades y otras planillas elaboradas, se tiene que no comprenden todo el tiempo que afirma la actora laboró para la ESE, así mismo, pareciera que estuvo vinculada a otras entidades como el Municipio, y de otra parte muestran unas actividades o metas a ejecutar, pero que no necesariamente implican un cumplimiento de horario, así que es muy precario lo que aportan dichos documentos para sustentar las afirmaciones de la demandante.

Así mismo como se analizó anteriormente, los testimonios traídos al expediente aparecen como parcializados y no creíbles, por lo que no se tendrán en cuenta.

De otra parte se tiene, que el Consejo de Estado⁴, ha venido exigiendo para la declaración del contrato realidad en entidades del Estado, demostrar que el contratista ejerció o prestó sus servicios de forma personal en forma similar a un empleado público, en esa medida, se debe traer al plenario (i) la existencia del cargo en la planta, como lo sería en el presente caso promotor de salud, y (ii) mostrar como el contratista ejerció las mismas o similares funciones o actividades asignadas a ese servidor público y en forma o circunstancias similares, y todo ello se extraña en el presente proceso judicial, pues

⁴ Por ejemplo: C.E. Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 19/04/2012, Rad. 25000-23-25-000-2008-00647-01(2204-11), C.P. Alfonso Vargas Rincón - Sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

no se trajo el acto que establece la planta de personal de la entidad donde se contemplara el cargo de promotor de salud y dicha prueba no puede ser suplida por testimonios.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Respecto al tema de la posible existencia de un contrato de trabajo (relación laboral) y no de un contrato de prestación de servicios, el despacho deberá determinar, si las afirmaciones de la demanda se encuentran probadas y en qué condiciones; para lo cual, se remite a lo manifestado por la Corte Constitucional donde se señalaron claramente las diferencias entre ambos contratos así:

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

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”⁵

El contrato de prestación de servicios, está destinado a sustituir la condición de empleado público por la modalidad no laboral de contratista, y encuentra su base constitucional en el artículo 123, inc. 3 de la Carta Política, que permite a la ley



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO vs ESE DE MAGANGUE

determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas. Su desarrollo legal actual está en el artículo 32, num.3, de la Ley 80 de 1993 (Ver marco normativo)

Se trata pues, de una situación excepcional porque, en principio, la función pública sólo puede ser ejercida por empleados públicos. La razón es que por expreso mandato constitucional la contratación debe ser temporal, pero especifica un límite.

En consecuencia, tanto el contrato de prestación de servicios como la vinculación legal y reglamentaria tienen fundamento normativo y están destinados a desarrollar funciones públicas. La diferencia estriba en que los contratistas no tienen relación laboral porque no hay subordinación jurídica continuada respecto del patrono, su vinculación es precaria, excepcional y temporal, lo que les acarrea la ausencia de garantías laborales como salarios, jornada de trabajo, carrera administrativa y estabilidad puesto que están desde un principio, sometidos a un régimen jurídico distinto. Adicionalmente la vinculación legal y reglamentaria presupone, a diferencia del contrato, un acto administrativo de designación y el hecho de la posesión, previa comprobación de los requisitos legales, la preexistencia del empleo y la disponibilidad presupuestal para servirlo.

SOBRE EL CONCEPTO DEL CONTRATO REALIDAD (PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS)

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando el demandante logra demostrar la configuración de los tres elementos que caracterizan la existencia de una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se acredite la subordinación o dependencia del demandante respecto del empleador, evento en el cual nace el derecho al pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, el cual se encuentra consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, independientemente de la denominación que se le haya dado a dicha relación.

Así las cosas, cuando existe un contrato de prestación de servicios pero se logra acreditar la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, se genera en el contratista el derecho al reconocimiento de una relación de trabajo que en consecuencia, confiere al trabajador los privilegios de orden prestacional los cuales se reconocen y pagan a título de indemnización.

EL CASO CONCRETO

En consideración a los conceptos antes expuestos y a las posiciones planteadas por los sujetos procesales, procede el despacho a estudiar el caso concreto, cuyo problema jurídico es eminentemente probatorio y se resuelve con lo que han logrado acreditar las partes como resultado de su actividad probatoria.

Se considera pertinente señalar que del material probatorio aportado al proceso, se pudo establecer que la demandante no probó en forma adecuada el primer elemento



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

en un contrato de trabajo como es la prestación efectiva del servicio a la demandada, en este caso, ESE Magangue, pues como se analizó en el acápite probatorio, no se trajeron al plenario los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y sobre los cuales se pretendía demostrar que en realidad ocultaban un contrato de trabajo.

Como ya se mencionó en el análisis probatorio, otras pruebas documentales como certificados, planillas u otras, no pueden suplir la calidad probatoria de los mencionados contratos al momento de demostrar la efectiva prestación del servicio.

Así mismo los otros documentos traídos al plenario como cronograma de actividades, visitas domiciliarias, es muy precario lo que aportan a fin de sustentar las afirmaciones de la demandante pues muchas provienen de otra entidad, no necesariamente implican cumplimiento de horario y no comprenden el tiempo durante el cual presuntamente la demandante estuvo vinculada a la ESE de Magangue.

De otra parte, los testimonios no pueden ser tomados en cuenta pues aparecen parcializados y la certificación obrante de la Coordinadora del PAI, no tiene la capacidad de expresar la voluntad de la ESE Magangue, que en un tema como este debería provenir del representante legal o de la persona delegada para tal efecto.

En definitiva, no se demostró por la parte demandante los elementos necesarios o propios de una relación laboral como son la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo lo términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, talos como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se reconocerán las expensas a la parte demandada en tanto aparezcan en el expediente los gastos causados a dicha parte y su liquidación se efectuará por Secretaría. Igualmente, teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Decreto 1887 de 2003, modificado por el numeral 1º del artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

RAD: 13-001-33-33-012-2013-00007-00
 ESTEBANA MARCELINA Menco Menco vs ESE DE MAGANGUE

Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho las cuales corresponderán al 10% del valor de la cuantía estimada de la demanda⁶.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte⁷, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de veintidós mil cien Pesos M/Cte. (\$ 22.100.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de diecisiete mil novecientos Pesos M/Cte. (\$ 17.900.00) m/Cte.

CONCLUSIONES

De lo probado en el proceso, se concluye que no se encuentra demostrada la existencia de los elementos propios de la relación laboral cuya declaratoria se reclama, y como consecuencia de ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas-AGENCIAS EN DERECHO- a la parte demandante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco en cuantía equivalente al 5% del valor de las pretensiones, es decir, por la suma un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000,00) a favor de la ESE Rio Grande del Magdalena-Magangue-Bolívar.

TERCERO: Previa solicitud, devuélvase a la demandante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco a través de su apoderado judicial, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de diecisiete mil novecientos Pesos M/Cte. (\$ 17.900.00) m/Cte.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las desanotaciones en el sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
 Juez

⁶ La cuantía de la demanda se estimó en \$ 37.000.000 (fl. 13)

⁷ Ver folios 86 del expediente.