



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2013-00256-01
Demandante	MARLENE SOFÍA TUIRAN CÁRDENAS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL DE MAGANGUÉ (RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA)
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Confirma la decisión de primera instancia, no se logró demostrar la existencia de la relación laboral – inexistencia del contrato</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 1º de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por MARLENE SOFÍA TUIRÁN CÁRDENAS, por conducto de apoderada judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la E.S.E HOSPITAL DE MAGANGUÉ hoy HOSPITAL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituida para el efecto, MARLENE SOFÍA TUIRÁN CÁRDENAS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la E.S.E HOSPITAL DE MAGANGUÉ hoy HOSPITAL RÍO GRANDE DE LA

¹ Fols. 2-14 del Cdno 1.



13001-33-33-002-2013-00256-01

MAGDALENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

1º.- Que 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 MAGANGUÉ, en razón de no haberse desatado dentro del término legal la reclamación administrativa de fecha recibido veintisiete (27) del mes de diciembre del año 2012, por parte de la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUÉ.

2º.- Que además se declare que entre mi poderdante señora MARLENE SOFÍA TUIRAN CARDENAS y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, existió una relación legal reglamentaria de carácter laboral, la cual se inició el día 01 de diciembre del año 2009 y terminó con desvinculación arbitraria el día 30 de septiembre del año 2010.

3º.- Que a título de restablecimiento del derecho, y de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda, se ordene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, a reconocer y pagar a la demandante:

1. Los salarios correspondientes a los meses de abril a septiembre del 2010.
2. La cancelación a la cuenta individual del fondo HORIZONTE de cesantías y pensiones correspondientes a los aportes mes por mes, por todo el año laborado, de las sumas equivalentes a la liquidación del auxilio de cesantías de mi mandante señora MARLENE SOFÍA TUIRÁN CÁRDENAS, correspondientes a los años 2009 y 2010, a fin de evitar que siga corriendo el retardo y por consiguiente el monto de la indemnización moratoria.
3. La liquidación y el pago, directo y a favor de mi poderdante MARLENE SOFIA TUIRÁN CÁRDENAS, de las sumas de dinero equivalente al tiempo de retardo operado por la no consignación del a cesantía al fondo HORIZONTE, computado desde el primero (01) de diciembre del año dos mil nueve (2009) hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación respectiva, año por año...
4. (...) los interese anuales de cesantías (...) de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
5. (...) un par de zapatos y un vestido de trabajo, cada cuatro meses, por todo el tiempo que viene laborando a órdenes de esa entidad, o su equivalente y la sanción por el incumplimiento reiterado de esta prestación social, acorde con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 1978 de 1989, artículo 1º, 2º, 3º y 4º.





13001-33-33-002-2013-00256-01

6. (...) el auxilio de transporte, por todo el tiempo laborado a órdenes del ente territorial, tal como lo preceptúa el artículo 12 de la Ley 4 de 1992 en concordancia con el Decreto 4361 de 2004.
7. (...) el subsidio familiar a que tiene derecho el suscrito, acorde a la Ley 21 de 1982, artículo 7º y 86.
8. (...) la prima de servicios a que tiene derecho.
9. (...) la prima de navidad a que tiene derecho.
10. (...) vacaciones a que tiene derecho.
11. (...) la prima de vacaciones a que tiene derecho.
12. (...) el auxilio de alimentación a que tiene derecho.
13. (...) horas extras a que tiene derecho.
14. (...) la extra y ultra petita que resulten probados en el curso del proceso.
15. Disponer condenar en costas a la demandada EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ.
16. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos de los artículos 192, 193, y 195 de la Ley 1437 de 2011."

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3. Hechos

Señala la accionante que, prestó sus servicios como promotora de salud a órdenes de la ESE HOSPITAL DE MAGANGUÉ, en el Plan Operativo Anual (POA) de la Zona rural del Municipio de Magangué específicamente en los Corregimientos de Isla Grande, desde 1 de diciembre de 2009, en los horarios de 8:00 AM hasta las 6:00 PM y disponibilidad de 24 horas; devengado como asignación básica la suma de (\$640.500).

Que el día 30 de septiembre de 2010 la ESE HOSPITAL DE MAGANGUÉ sin justa causa dio por terminado de la relación laboral con la demandante.



13001-33-33-002-2013-00256-01

Explica que en dicha relación laboral se dieron los elementos que hacen procedente su reclamación, es decir, actividad personal como quiera que laboraba como promotora de salud para la entidad demandada, existía una subordinación o dependencia con la coordinadora del Programa Ampliado de Inmunización (PAI) adscrita a la demandada, recibía un salario como retribución por su labor, y cumplía el horario establecido por la entidad accionada.

Señala en la demanda que se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE desde el 12 de enero de 2010, por tanto la cobija el régimen de la Ley 50 de 1990, art. 99 numeral 3 y el Decreto 1582 de 1989, artículo 1º.

Arguye la demandante que, la accionada le adeuda por conceptos de salarios impagados al momento de la terminación de la relación laboral de manera injusta correspondiente de los meses de abril a septiembre de 2010, la indemnización por despido injusto, las vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, auxilio de transportes, auxilio de alimentación, horas extras, subsidio de familia, dotación y vestidos, auxilio de cesantías e intereses de las mismas, sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de los salarios y del auxilio de cesantías, horas extras diurna y nocturna, domingos y festivos, pensión y salud.

La demandante presentó reclamación administrativa, de la cual no recibió respuesta alguna, operando así, el silencio negativo.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Constitución Política	artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 29 y 125
Ley 6 de 1945	artículo 17
Decreto 1160 de 1947	artículos 1, 2 y 5.
Ley 50 de 1990	artículos 99 numeral 2 y 3
Ley 244 de 1995	artículos 2
Ley 21 de 1982	artículos 7 y 86
Decreto Ley 1045 de 1978	artículos 17, 25 y 59.

2.4.1 Concepto de la violación

Explica que los actos acusados son violatorios del artículo 137 del CPACA porque al momento de expedirse, la demandada incurrió en graves irregularidades sustanciales y formales, como también el quebrantamiento de las normas en que se debieron fundar; igualmente, sostiene que los hechos relatados manifiestan





13001-33-33-002-2013-00256-01

animadversión, teniendo en cuenta que se le negaron ilegal e injustamente los derechos que reclama.

Seguido, señala que los actos acusados carecen de motivación jurídica, por lo que es viable su anulación como lo dispone la Constitución y la Ley, en lo concerniente a las relaciones con el empleado público, el respeto de los derechos humanos y la exigencia del debido proceso.

2.5 Contestación

La ESE demandada no contestó la demanda.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA²

Por medio de providencia del 1º de junio de 2017, el Juez Segundo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

Señaló que la demandante era a quien le correspondía asumir la carga de la prueba y por tanto, al valorar los instrumentos probatorios arrojados al proceso con el fin de establecer si se había logrado acreditar la trilogía de elementos que configuran una verdadera relación laboral, se logró establecer que:

- (i) Referente a la prestación personal del servicio, se notaron varias contradicciones fundadas en las documentales aportadas con la demanda y la certificación del jefe de talentos humanos de la ESE accionada, oficiada por el Despacho. Además, si bien se arrimaron los formatos de las actividades mensuales y el cronograma realizados por la demandante, no fueron por parte de la demandada que es quien tiene la custodia real y material de los archivos físicos y magnéticos, puesto que, señaló que las fechas indicadas la accionante no tuvo ningún vínculo laboral o contractual con la ESE del Municipio de Magangué, poniéndose en duda razonable al fallador para establecer plena certeza de que la señora Marlene prestó sus servicios a la ESE.
- (ii) Que en el plenario no existe prueba alguna sobre copia de los libros de ingreso y salida de los servidores o contratistas de la entidad, así como tampoco de los registros completos de las actividades programadas durante todo el tiempo de servicio alegado en la demanda, o certificación de autoridad competente que indique que esos hechos

² Fls. 204-214 y vto Cdno 1.



13001-33-33-002-2013-00256-01

ocurrieron, o aproximen al juez a un cierto grado de certeza y convencimiento.

- (iii) Que en relación con los testimonios de los señores María Margarita Rodríguez Martínez y Raúl Payares Hernández, no comprueban la prestación del servicio de la demandante, puesto que, al ser motivo de sospechas por haber presuntamente trabajado en la entidad en similares condiciones, tienen un interés directo en las resultas del proceso, por ello fueron analizados con mayor rigor, por tanto, no merecen su valoración por tener contradicciones con el restante material probatorio.

Concluye el A quo que tampoco se logró demostrar que dentro de la planta de cargos de la entidad demandada estuviera previsto uno de similares funciones a los que dice haber desempeñado la demandante, por lo anterior, de todas maneras, no se podría indicar que la accionante era empleada de hecho pues en los cuadros de empleo de la ESE demandada no existe dicho cargo.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN³

Por medio de escrito del 13 de junio de 2017, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando que, son de distinto alcance los criterios por medio de los cuales se pueda valorar el testimonio por tanto, le compete al juez analizarlos para seguir un correcto procedimiento de valoración y deberá dentro de la providencia de manera razonada explicar la calificación que haga del caso, bajo dos criterios fundamentales, uno objetivo y otro subjetivo.

Que de acuerdo al criterio objetivo de valoración del testimonio, debe ver la probidad de la persona que rendirá el testimonio, por ello debe apoyarse en la condición del testigo, su honestidad y costumbres, las cualidades que ofrezca, todo para lograr una mayor credibilidad. Igualmente, se deberá ver que hay más elementos a valorar cuando el testigo tuvo contacto directo con los hechos, pues es más sencillo esclarecerlos; que las normas atinentes que regulan este tema, establecen para una verdadera eficacia del testimonio como medio de prueba, indica que la persona que va a rendir el testimonio tuvo que haber presenciado los hechos para que pueda describir en el interrogatorio las verdaderas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

³ Fls. 217 y vto Cdo. 1





13001-33-33-002-2013-00256-01

Por otro lado, arguye que los testimonios de Raúl Arnulfo Payares Hernández y de María Margarita Rodríguez Martínez, los cuales no fueron declarados sospechosos y se trata de personas capaces, que les constan en forma personal los hechos relatados ya que también fueron víctimas de las mismas circunstancias que vivieron todos los trabajadores de la E.S.E demandada.

Explicó que, los declarantes en mención, señalaron que la señora Marlene Tuiran cumplía un horario de trabajo, recibía una remuneración mensual por su trabajo y cumplía órdenes de sus superiores jerárquicos, que debía presentarse uniformada al sitio de labor; por lo que considera que sus dichos acreditan que la demandante prestó sus servicios a órdenes de la demandada.

Agregó que, las demás pruebas obrantes en el plenario, demuestran los elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario, por lo que considera que el fallo de primera instancia debe ser revocado y en su defecto conceder las pretensiones de la demanda.

Por último, concluyó que no se debe desconocer el testimonio como medio de prueba suficiente para demostrar la relación laboral y que aunque su valoración se debía realizar con mayor rigor, también los es que no procede la tacha de sospechoso por el sólo hecho de que sean demandantes en otros procesos similares, ya que solo ellos podían ser testigos reales de los hechos porque fueron las personas que vivieron las mismas circunstancias de trabajo y en el curso del proceso la contraparte tuvo la oportunidad procesal para contrainterrogarlos; no obstante, mencionó que a las pruebas testimoniales le acompañan las documentales que reposan en el proceso.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 26 julio de 2017⁴, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 6 de abril de 2018⁵; y se corrió traslado para alegar de conclusión el 28 de septiembre de 2018⁶.

⁴ Fol. 2 Cdno 2

⁵ Fol. 4 Cdno 2

⁶ Fol. 8 Cdno 2.



VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante, demandada y el Ministerio Público: Las partes y el Agente del Ministerio Público no alegaron de conclusión.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme el artículo 320 y 328 del C.G.P., que de manera concordante establecen que el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los reparos concretos formulados por el apelante.

7.3. Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, es el acto ficto o presunto, constituido por la no respuesta de la solicitud de fecha 27 de diciembre de 2012, por medio del cual se solicita reconocimiento de la relación laboral y el pago de los salarios impagados y de las prestaciones sociales.

7.4. Problema jurídico.

La parte demandante, como fundamento del recurso expresa su inconformidad con la sentencia señalando que el juez de primera instancia no dio valor probatorio a las pruebas testimoniales y documentales practicadas dentro del proceso, arguyendo que el A quo no debió desconocer el testimonio como medio de prueba suficiente.

Atendiendo lo anterior, el problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar:





13001-33-33-002-2013-00256-01

Si en el caso en estudio, la señora Marlene Tuiran cárdenas, efectivamente prestó sus servicios al Estado con vinculación a la ESE del Municipio de Magangué, estableciendo si se encuentran demostrados los tres elementos constitutivos del contrato realidad; dando lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados en la demanda.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará de fondo sobre la ilegalidad de un acto administrativo que niega la existencia de una relación laboral basado en la prestación de los servicios personales como promotora de salud.

7.5. Tesis

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, bajo el argumento consistente en que la demandante no demuestra la existencia de la relación laboral, de forma que prevalece la presunción de legalidad que ampara al acto demandado con fundamento en que la actora no logró acreditar la existencia de un vínculo laboral, del cual pudiera generarse el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado la Sala considera necesario realizar un análisis frente a: i) Las Formas de vinculación con el Estado: Del empleo público y del personal de la Administración Pública; ii) Elementos constitutivos de la relación laboral. iii) Carga de la prueba; y iv) Caso concreto.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Formas de vinculación con el Estado: Del empleo público y del personal de la Administración Pública.

El Art. 19.1 de la Ley 909 de 2004, consagra que *"El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado"*.

A partir de esta norma es posible concluir que cada empleo debe contener: la descripción del contenido funcional del empleo y el marco de las



13001-33-33-002-2013-00256-01

competencias y calidades que se requieren para ocupar el empleo, siguiendo, además lo establecido en la Constitución Política de 1991 en su Art. 122, que consagra que: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben".

De otra parte, el ordenamiento jurídico colombiano ha consagrado tres clases de vinculación con las entidades públicas, las cuales son: Empleados públicos a través de la vinculación legal y reglamentaria, trabajadores oficiales que se vinculan con contrato laboral y los contratistas vinculados por una prestación de servicio.

Cada modalidad de contratación tiene elementos propios que los caracterizan y tienen su propio régimen jurídico, así:

Es "**empleado público**" la persona nombrada para la ejecución o desarrollo de un empleo público y que ha tomado posesión del mismo, debiendo concurrir para que se genere la titularidad de los derechos, la existencia del empleo en planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor.

Seguido, los **trabajadores oficiales** son los que se encuentran vinculados por una relación contractual de carácter laboral, contando así con su propia legislación.

Están los **contratistas**, quienes se vinculan a través de contratos de prestación de servicios, regulados en la Ley 80 de 1993 y que señala que este tipo de contratos solo se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas y para desarrollar actividades de la administración que no puedan ser desarrolladas por personas de la planta o que se requiera conocimientos especializados.

Nuestro máximo Tribunal Contencioso, con relación a los **Contratos de Prestación de Servicio** y a la prueba de los elementos de la relación laboral ha expuesto⁷:

⁷ Sentencia Consejo de Estado, 24 de octubre/12 Sección Segunda Subsección A C.P. Alfonso Vargas Rincón



13001-33-33-002-2013-00256-01

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

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

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

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

Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Órdenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados (...)."

Sobre el valor de las prestaciones, la Sala considera conveniente transcribir apartes de la sentencia⁸; donde se refiere al reconocimiento a título de

⁸ Consejo de Estado Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez



13001-33-33-002-2013-00256-01

indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas... Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia".

Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización. Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%. Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que





13001-33-33-002-2013-00256-01

se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización"

No obstante, las clases de vinculación a las que se hace referencia, no se desconoce que éstas o la denominación que se les da, debe guardar relación con la verdad fáctica y jurídica, con el fin de determinar la existencia de una verdadera relación laboral, dando prevalencia a la realidad de hecho y de derecho sobre la forma establecida por los sujetos de relación, con el fin de propender por la protección de los derechos y garantías del trabajador que se pueden ver desconocidos en virtud de la relación o vínculo que se pretende demostrar.

Finalmente, puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal que la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han denominado "**funcionarios de facto o de hecho**", que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero carecen de investidura o la tienen de manera irregular.

7.6.2. Elementos constitutivos de la relación laboral

Respecto de los elementos de la relación laboral, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

"ART. 23. — Elementos esenciales. "Artículo subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente":

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: (...)

b) **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la



13001-33-33-002-2013-00256-01

dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]" (resalta la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-386 de 2000 indicó:

"[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...)?.

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

7.6.3. De la valoración probatoria

La ley hace una especial delegación al juez para apreciar de forma conjunta y exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada medio probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades previstas en la ley sustancial para su existencia o validez¹⁰.

⁹ MP: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Pedro Alejo Cañon Ramírez, "Teoría y Práctica de la Prueba Judicial" 3ª Edición; editorial "DIKE" año 2015, página 145.





Es así como el Código General del Proceso, en su artículo 167, señala:

“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.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Para reforzar estos planteamientos, se procederá a analizar la existencia de cada uno de los elementos que permiten presumir la existencia de una relación de naturaleza laboral, es decir, la prestación personal de un servicio de manera subordinada y a cambio de una remuneración.

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

Del material probatorio allegado al expediente:

- Informe de fecha 07 de diciembre de 2011, suscrito por Carlos Fernando Castellanos Montilla, Responsable de Servicio al Cliente BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., en el cual se deja constancia que “El (La) Señor(a) MARLENE SOFÍA TUIRAN CÁRDENAS identificado(a) con documento No. 45.519.169, se encuentra afiliado(a) a partir del 12/01/2010...”, señalando como saldo total en la cuenta individual la suma de \$67.495,00¹¹; pero no se logra constatar que la afiliación se dio en virtud a vinculación laboral de la actora con la ESE demandada.

¹¹ Folio 29 Cuaderno 1



13001-33-33-002-2013-00256-01

- Informe de fecha 07 de diciembre de 2011, suscrito por Carlos Fernando Castellanos Montilla, Responsable de Servicio al Cliente BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., en el cual se deja constancia que "El (La) Señor(a) MARLENE SOFÍA TUIRAN CÁRDENAS identificado(a) con documento No. 45.519.169, se encuentra afiliado(a) en **Pensiones Obligatorias**, partir del 13 DE ENERO DE 2010"^{12, 13}; pero no se logra constatar que la afiliación se dio en virtud a vinculación laboral de la actora con la ESE demandada. (Negrilla fuera del texto)
- *Resumen mensual de actividades de la promotora con membrete de la Secretaria de Salud en la cual se señala como lugar de ejecución de la actividad en el corregimiento de Juan Arias – Municipio de Magangué, sin constancia de la persona responsable de la actividad desarrollada. (Folio 36)*
- *Resumen mensual de actividades de las promotoras de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado diciembre de 2009 y presentado el 26 de la misma fecha, del cual no se desprende cargo alguno. (Fl. 43 Cdno 1)*
- *Resumen mensual de actividades de las promotoras de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado enero de 2010 y presentado el 25 de la misma fecha, del cual no se desprende cargo alguno (Fl. 45 Cdno 1)*
- *Resumen mensual de actividades de las promotoras de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado junio de 2010 y presentado el 26 de mayo del mismo año, sin señalar cargo alguno. (Fl. 52 Cdno 1)*
- *Resumen mensual de actividades de las promotoras de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado julio de 2010 y presentado el 25 de junio del mismo año, pero sin indicar el cargo desempeñado. (Fl. 47 Cdno 1)*
- *Resumen mensual de actividades de las promotoras de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado agosto de 2010 y presentado el 26 de julio del mismo año. (Fl. 55 Cdno 1)*

¹² Folio 30 Cuaderno 1

¹³ Folio 29 Cuaderno 1



13001-33-33-002-2013-00256-01

- *Resumen mensual de actividades de las promotoras* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen presentadas las actividades realizadas por la demandante, indicando como mes ejecutado octubre de 2010 y presentado el 24 de septiembre del mismo año. (Fl. 63 Cdno 1)
- *Cronograma de actividades mensuales* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen las jornadas de vacunación, los días en que eran realizadas, el horario comprendido de 7 am a 5 pm y firmado como responsable por la demandante, en fecha de 24 de diciembre de 2009. (Fl. 44 Cdno 1)
- *Cronograma de actividades mensuales* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen las jornadas de vacunación, los días en que eran realizadas, el horario comprendido de 7 am a 5 pm y firmado como responsable por la demandante, en fecha de 25 de enero de 2010. (Fl. 46 Cdno 1)
- *Cronograma de actividades mensuales* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen las jornadas de vacunación, los días en que eran realizadas, el horario comprendido de 7 am a 5 pm y firmado como responsable por la demandante, en fecha de 25 de junio de 2010. (Fl. 48 Cdno 1)
- *Cronograma de actividades mensuales* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen las jornadas de vacunación, los días en que eran realizadas, el horario comprendido de 7 am a 5 pm y firmado como responsable por la demandante, sin fecha. (Fl. 56 Cdno 1)
- *Cronograma de actividades mensuales* de la Secretaría de la Salud de Magangué, donde aparecen las jornadas de vacunación, los días en que eran realizadas, el horario comprendido de 7 am a 5 pm y firmado como responsable por la demandante, de fecha 24 de septiembre de 2010. (Fl. 64 Cdno 1)
- Que la ESE demandada certifica a través del Jefe de Talento Humano que de conformidad con la verificación realizada en los archivos físicos y magnéticos de la entidad, la demandante no tuvo ningún vínculo laboral o contractual con la misma dentro de las fechas señaladas en la demanda. (Fl. 145 Cdno 1)
- La demandada relaciona copia de las nóminas de su personal desde el mes de diciembre de 2009 hasta septiembre de 2010, documentales en las que no aparece la demandante. (Fls. 146-196).
- Declaración de Raúl Arnulfo Payares Hernández (Folios 108 - 110 Cdno. 1)



13001-33-33-002-2013-00256-01

- Declaración de María Margarita Rodríguez Martínez (Folios 111 - 112 Cuaderno 1).

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

En el caso bajo estudio, la demandante pretende que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado por el silencio administrativo generado por parte de la ESE Municipio de Magangué, al no haberse desatado la reclamación administrativa presentada y recibida por dicha entidad el día 27 de diciembre de 2012. Así mismo, pretende se declare la existencia de una relación legal reglamentaria de carácter laboral, desde el 01 de diciembre de 2009 hasta el día 30 de diciembre de 2010; ordenándose el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y sanción moratoria por la no consignación de cesantías.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda con fundamento en la carencia probatoria, considerando que la demandante no logró demostrar ninguno de los elementos que fundan la teoría del contrato realidad; estimando que luego de aplicar la reglas de la sana crítica a las probanzas recabadas en el curso del proceso, no encontró acreditada la trilogía de elementos que configuran y singularizan la relación de trabajo.

La decisión de primera instancia, fue atacada por la parte demandante argumentando que el juez no debió desconocer el testimonio como medio de prueba suficiente para demostrar la relación laboral, explicando que, en el presente no procede la tacha de sospechoso de los testigos por el sólo hecho de que sean demandantes en otros procesos similares, ya que solo ellos podían ser testigos reales de los hechos porque fueron las personas que vivieron las mismas circunstancias de trabajo. Mencionó que, a dichas pruebas testimoniales le acompañan las documentales que reposan en el proceso.

Al respecto la sala entrará a analizar las pruebas testimoniales y documentales practicadas dentro del presente proceso, a fin de determinar si se configuran los tres (3) elementos del denominado contrato realidad (i) prestación personal del servicio (ii) la subordinación y (iii) y la remuneración.

7.7.2.1. De las pruebas testimoniales.

El Juez de primera instancia consideró que existen evidentes contradicciones entre las pruebas documentales aportadas con la demanda y aquellas allegadas por la Jefatura de Talento Humano de la ESE demandada, en el





13001-33-33-002-2013-00256-01

curso del proceso. En cuanto a los testimonios, estimó que los declarantes tienen un interés directo en las resultas del proceso, por lo tanto los valoró con mayor rigor y echó de menos otros instrumentos probatorios que demostraran los presupuestos de la relación laboral aducida.

La Sala avizora que dentro del presente asunto, se recibieron dos testimonios¹⁴, por lo que se procederá a analizar los mismos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el fin de determinar la concordancia o no entre los mismos, así como las divergencias entre el dicho de cada uno de los deponentes; los siguientes declarantes expusieron:

El señor **RAÚL ARNULFO PAYARES HERNÁNDEZ**, manifestó que fue compañero de trabajo de la señora Marlene Tuiran, quien comenzó a trabajar en la ESE Municipal de Magangué, con contrato verbal a término indefinido, desde el mes de diciembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2010, desempeñándose como Promotora de Salud del Programa PAI, en el corregimiento de Isla Grande del Municipio de Magangué, cumpliendo un horario de 8 de la mañana hasta las 6 de la tarde. Explicando que, entre labores desarrolladas por la demandante se encontraba la de hacer seguimiento al programa de hipertensos, diabéticos, mujeres embarazadas, programa de vacunación, heridos accidentados y acompañamiento de mujeres en momento de parto. Que a la demandante, al igual que a todo el grupo de promotores de la Oficina PAI de la ESE Municipal de Magangué, les fue comunicado por parte del Gerente Manuel Madera Sánchez y el Secretario de Salud Municipal, que no continuarían laborando en esa oficina, debiendo a la señora Tuiran el pago de los meses de abril, mayo, junio, julio y septiembre del año 2010 y prestaciones sociales. Señaló como coordinadores a los señores Alfredo Martínez y Margarita Viñas arias, quienes fungían como jefes inmediatos, adjudicando los programas a seguir y recibían los informes del trabajo realizado por la demandante. Aseveró que la señora Marlene Tuiran, devengaba un salario de \$640.500,00, el cual era cancelado en diferentes sitios por el pagador de la ESE Municipal de Magangué, o en su defecto por el Gerente Manuel Madera Sánchez. Indicando, por último que, que la demandante fue afiliada al fondo de pensiones Horizonte, y sólo los meses de febrero y marzo de 2010 fueron cancelados al fondo de pensiones.

Por su parte la señora **MARÍA MARGARITA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**, manifestó conocer a la demandante desde hace más de 5 años, porque trabajaron

¹⁴ Ver folios 108-112 Testimonios practicados por el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Magangué (Despacho Comisorio)



13001-33-33-002-2013-00256-01

juntas como Promotoras de Salud en la ESE Municipal de Magangué y fueron compañeras de trabajo, que la señora Marlene Tuiran trabajó allí por el término de nueve (9) meses, desde el mes de diciembre de 2009 hasta el día 30 de septiembre de 2010, fecha en que despidieron a todos; trabajó en un horario de 8 de la mañana a 6 de la tarde, devengando un salario de \$640.500,00,. Que la demandante debía tener disponibilidad las 24 horas por ser área rural y prestar los diferentes servicios que se requerían, tales como atención a hipertensos, diabéticos, embarazadas, aplicación de medicamentos y curaciones. Que entre la señora Marlene Tuiran y la ESE Municipal de Magangué Bolívar existió una relación laboral mediante un contrato verbal a término indefinido. Explicó que, el pago del salario se hizo inicialmente a través del Banco BBVA y posteriormente en efectivo, en casa de algún funcionario de la ESE MUNICIPAL, a veces pagaba el señor Hilario Torres o el señor Madera o Yair Portela. Así mismo, señaló al señor LUIS ALFREDO MARTÍNEZ MARTÍNEZ, como Coordinador PAI, ante quien la demandante rendía informes y cumplir un horario de trabajo. Que la señora Marlene Tuiran fue afiliada a Horizonte, pero incumplieron algunos meses (no pagaron).

Los testimonios practicados por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Magangué, en virtud al Despacho Comisorio ordenado por el A quo, se tienen las declaraciones rendidas por los señores RAÚL ARNULFO PAYARES HERNÁNDEZ y MARÍA MARGARITA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, son coincidentes en los siguientes puntos:

1. Ambos declarantes manifestaron ser compañeros de trabajo de la señora Marlene Tuiran, desarrollando actividades similares.
2. La señora Marlene Tuiran comenzó a trabajar en la ESE Municipal de Magangué, con contrato verbal a término indefinido, desde el mes de diciembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2010, desempeñándose como Promotora de Salud del Programa PAI, en el corregimiento de Isla Grande del Municipio de Magangué.
3. Que la señora Marlene Tuiran trabajaba en Horario de 8 de la mañana hasta las 6 de la tarde.
4. Que la señora Marlene Tuiran adelantaba otra labores de aquellas que atañen al programa atención a hipertensos, diabéticos y mujeres embarazadas.
5. Señalaron como coordinadores a los señores Alfredo Martínez y Margarita Viñas Arias, quienes fungían como jefes inmediatos
6. La señora Marlene Tuiran, devengaba un salario de \$640.500,00





13001-33-33-002-2013-00256-01

7. Agregaron que la señora Marlene fue afiliada al fondo de pensiones Horizonte.

Sin embargo, los dichos de los declarantes son divergentes, en los siguientes puntos:

1. El señor Payares Hernández aseguró que el salario devengado por la demandante era cancelado en diferentes sitios por el pagador de la ESE Municipal de Magangué, o en su defecto por el Gerente Manuel Madera Sánchez, mientras que la testigo María Rodríguez manifestó que dicho pago fue inicialmente por el Banco BBVA y posteriormente en efectivo, en casa de algún funcionario de la ESE Municipal, a veces pagaba el señor Hilario Torres o el señor Madera o Yair Portela.
2. El declarante Payares Hernández, señaló que, entre las labores desarrolladas por la demandante se encontraba las de hacer seguimiento al programa de vacunación, mientras que ésta actividad laboral no fue mencionada por la señora MARÍA MARGARITA RODRÍGUEZ, entre aquellas que según su dicho desarrolló la demandante al servicio de la ESE demandada.

Para la Sala, es necesario analizar el dicho de los declarantes, frente al material probatorio documental aportado en el curso del proceso.

7.7.2.2. De las pruebas documentales.

Observa la Sala, que de las pruebas documentales aportadas junto con la demanda, se allegaron múltiples en las que aparece como responsable de la actividad a desarrollar o desarrollada, una persona distinta a la aquí demandante¹⁵; por ello, este Tribunal las tendrá como material probatorio en el presente análisis.

Documentos con membrete distinto a la ESE demandada. A folio 36 obra resumen mensual de actividades de la promotora con membrete de la Secretaria de Salud en la cual se señala como lugar de ejecución de la actividad en el corregimiento de Juan Arias – Municipio de Magangué (Lugar distinto del señalado por la demandante y los testigos, como aquel en el cual se desarrolló la actividad laboral), además, no existe en dicho documento constancia de la persona responsable de la actividad desarrollada.

¹⁵ Folios 31 a 35, 37 a 42, 50, 51, 53, 54 y 59 a 62



13001-33-33-002-2013-00256-01

La demandante aportó en las documentales militantes a folios 43, 45, 47, 52, 57 y 63 el resumen mensual de actividades de la promotora con membrete de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Magangué, en la que se relaciona la cantidad de vacunas aplicadas, la fecha en que se realizaron y la firma de quien fungía como coordinadora del PAI; documentos que no relacionan el cargo por el cual se dio la vinculación alegada.

Es de anotar que, en dichos documentos aparecen relacionadas actividades realizadas por la señora Marlene Tuiran, "presentadas" con fecha muy anterior a la fecha de su ejecución, sobre todo porque, hace una relación en cantidades específicas de las *ACTIVIDADES EJECUTADAS* correspondientes a un período determinado y no a un plan de trabajo, en una entidad distinta a la demandada, como lo es el Municipio de Magangué y la aquí demandada es la ESE del Municipio de Magangué.

Así mismo, reposan en el expediente en los folios 44, 46, 48, 49 – vto. y 58, cronogramas de actividades mensuales donde aparece que las mismas fueron realizadas por la demandante, relacionando la programación del trabajo a realizar, con la duración de la actividad; pero, éstos documentos tienen membrete de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Magangué y no de la aquí demandada.

Sólo los documentos obrantes a folios 55, 56 y 64 pertenecen a la demandada ESE Municipal de Magangué, pues tienen su membrete; por lo tanto la Sala los analizará detenidamente:

1. El folio 55 es contentivo de resumen mensual de actividades de la promotora, verificándose que la fecha de presentación del resumen mensual de actividades data de 26 de julio de 2010, es decir, una fecha muy anterior al mes que se pretende señalar como el ejecutado (agosto de 2010).
2. El folio 56 es un cronograma de actividades mensuales, suscrito por Marlene Tuiran cárdenas (Responsable) y Gil María Caro (en calidad de Coordinadora PAI); en el cual se omitió **(i)** no indica la fecha de presentación o del desarrollo de las actividades, por lo que no es posible determinar si pertenecen a los extremos temporales señalados en la demanda como el período en el cual la señora Marlene Tuiran adelantó la labor aducida y **(ii)** no se indica el lugar de la prestación del servicio.
3. El folio 64 es un cronograma de actividades mensuales, suscrito por Marlene Tuiran cárdenas (Responsable) y Margarita Viñas (en calidad de





13001-33-33-002-2013-00256-01

Coordinadora PAI); desarrolladas en varios sectores del Municipio de Magangué, con fecha de presentación 24 de septiembre de 2010, pero señalando las actividades programadas para el mes de octubre.

De otra parte, la ESE demandada mediante certificación¹⁶ expedida el 30 de octubre de 2014, señaló que no se encontró vínculo laboral alguno de la accionada con la demandante en los periodos señalados en la demanda, anexando copias de las nóminas desde el mes de diciembre de 2009 hasta septiembre de 2010¹⁷, que examinados de manera minuciosa le logró constatar que a la señora Marlene Tuiran no figura en dichas nóminas.

7.7.2.3. De la existencia de la relación laboral.

En este punto, es menester realizar el estudio de los elementos constitutivos de la relación laboral aducida en la demanda, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por la demandante sobre la vinculación con la demandada y los motivos del recurso de apelación, consistente en que los testimonios no son sospechosos, por lo tanto, se entrará a analizar si se configuran los elementos que demuestran la relación laboral con las pruebas (testimoniales – documentales) allegadas y recaudadas en el proceso, así:

7.7.2.3.1. La Prestación Personal Del Servicio

Resalta la Sala que, a la actora le corresponde probar o acreditar con certeza la prestación efectiva del servicio entre el 01 de diciembre de 2009 y el día 30 de septiembre de 2010 a la ESE del Municipio de Magangué (que como ya se señaló no fue contractual), de tal manera que no exista el menor asomo de duda en ello.

Analizando la relación que mantuvo la demandante con la parte demandada que, según su dicho, tuvo origen en un contrato verbal de trabajo, iniciado el 1º de diciembre de 2009 y culminó el 30 de septiembre de 2010, mediante terminación unilateral por parte del empleador y sin mediar alguna justa causa.

Pues bien, de las pruebas testimoniales practicadas en el curso del proceso, se desprende que en efecto, tal como lo señaló el juez de primera instancia, los declarantes aseguraron ser compañeros de la demandante y haber sido despedidos por la ESE demandada, por lo que se infiere que tienen interés

¹⁶ Fols. 144 – 155 Cdno 1.

¹⁷ Folios 146-196



13001-33-33-002-2013-00256-01

directo en las resultas del proceso; razón por la cual, este Tribunal valorará dichos testimonios de manera rigurosa.

Como se señaló en precedencia, las declaraciones de los señores Raúl Arnulfo Payares Hernández¹⁸ y María Margarita Rodríguez Martínez¹⁹, son coincidentes en algunos puntos, como cuando señalan que la prestación del servicio adelantada por la demandante consistía en desarrollar diferentes actividades en el corregimiento de Isla Grande – Municipio de Magangué, ofrecido por la ESE Hospital del Municipio de Magangué; no obstante, dichos testimonios difieren entre sí en algunos aspectos; específicamente cuando el declarante Payares Hernández, señaló que, entre las labores desarrolladas por la demandante se encontraba la de hacer seguimiento al programa de vacunación, mientras que ésta actividad laboral no figura entre las detalladas por la señora MARÍA MARGARITA RODRÍGUEZ.

Tenemos que del documento militante a folio 55 - contentivo de resumen mensual de actividades de la promotora -, se desprende una evidente contradicción, toda vez que, se pretende probar con dicho escrito la labor ejecutada por la demandante en el mes de agosto de 2010, con una fecha de presentación con fecha muy anterior (26 de julio de 2010), dejando entrever que el mismo no corresponde con la realidad de los hechos que se pretenden probar.

Aunado a lo anterior, bajo la perspectiva que la prestación del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte de quien presta el servicio, elemento que exige todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad encomendada y al aterrizar a lo anteriormente mencionado, la prueba testimonial practicada y de la documental allegada por las partes (copias de cronogramas, resumen de actividades y certificación expedida por la demandada negando la existencia de relación laboral alguna), no llevan a concluir de forma cierta que la demandante haya prestado sus servicios a la ESE del Municipio de Magangué, y aún más, que lo haya realizado de manera personal y directa; resultando insuficientes dichas pruebas para llevar al convencimiento de la Sala sobre la supuesta prestación del servicio.

Se resalta, el documento militante a folio 64, contentivo de un cronograma de actividades mensuales en la ESE demandada, suscrito por Marlene Tuiran cárdenas como responsable del desarrollo de actividades de vacunación en

¹⁸ Fols. 108 -110 Cdno 1.

¹⁹ Fols. 111 -112 Cdno 1.



13001-33-33-002-2013-00256-01

varios sectores del Municipio de Magangué, con fecha de presentación 24 de septiembre de 2010, por sí sólo no es suficiente para demostrar la prestación del servicio durante los extremos temporales señalados en la demanda.

En ese orden de ideas, este Tribunal considera que el primer requisito no se encuentra cumplido. En aras de realizar un estudio completo de la situación de la actora, valorará el otro elemento importante de la relación laboral, como lo es la remuneración.

7.7.2.3.2. La Remuneración

Los señores Raúl Arnulfo Payares Hernández²⁰ y María Margarita Rodríguez Martínez²¹, en sus declaraciones expresaron que, la demandante recibía un pago mensual de \$640.500, sin embargo, sus dichos, presentan inconsistencias al establecer el pagador y la forma de pago.

De una parte, el señor Payares Hernández aseguró que el salario devengado por la demandante era cancelado en diferentes sitios por el pagador de la ESE Municipal de Magangué, o en su defecto por el Gerente Manuel Madera Sánchez; mientras que la testigo María Rodríguez manifestó que dicho pago fue inicialmente por el Banco BBVA y posteriormente en efectivo, en casa de algún funcionario de la ESE MUNICIPAL, a veces pagaba el señor Hilario Torres o el señor Madera o Yair Portela.

El testigo Raúl Payares, señaló que al momento del despido de la señora Tuiran, la ESE demandada le quedó debiendo el pago correspondiente a los meses de abril, mayo, junio, julio y septiembre del año 2010, así como las prestaciones sociales. La Sala, no encuentra sustento documental a tal afirmación, pues de las aportadas junto con la demanda, se verifica que las copias relacionadas con dichos meses y que señalan a la señora Marlene Tuiran como responsable de la actividad, tiene membrete de la Secretaría de Salud – Alcaldía Municipal de Magangué, entidad distinta a la aquí demandada.

Sumado a ello, el certificado expedido por el Jefe de Talentos Humanos de la ESE demandada²², deja constancia que la demandante no tuvo ningún vínculo laboral o contractual con la misma dentro de las fechas señaladas en la demanda, verificando la Sala que, de las copias de las nóminas²³ anexas a

²⁰ Fols. 108 -110 Cdno 1

²¹ Fols. 111 -112 Cdno 1

²² Folio 145 Cuaderno 1

²³ Folios 146-196



13001-33-33-002-2013-00256-01

dicha certificación, no se desprende el pago de remuneración alguna a favor de la señora Marlene Tuiran.

Por lo anterior, dentro del presente asunto, no se probó el pago de suma alguna de dinero que mensualmente la demandada entregara a la señora Marlene Tuiran o que en su defecto adeudara, por concepto de contraprestación a la supuesta prestación del servicio; ya sea, habiéndose efectuado algún pago a través del Banco BBVA o por parte de algún funcionario de la ESE demandada, con recibos de caja o comprobantes de egresos. Reiterando que, el simple dicho de los testigos no constituye prueba suficiente para demostrar que la señora Marlene Tuiran recibió contraprestación alguna, máxime cuando lo asegurado en los testimonios practicados en el curso del proceso reflejan inconsistencias.

Así las cosas, observa la Sala que no existe prueba alguna de la existencia de una remuneración; es decir, no existió retribución a la actora por la actividad que supuestamente desempeñaba; tampoco se encuentra acreditado que a la demandante le cancelaron honorarios o sumas de dinero por los servicios prestados, luego entonces, no se tiene demostrado el segundo elemento necesario para que obre la presunción de existencia de un vínculo laboral.

7.7.2.3.3. La Subordinación

Como antes se acotó, no se avizora que la demandante prestara sus servicios en cumplimiento de funciones o actividades señaladas por la demandada, por lo que, sólo se conoce en el proceso los dichos en su demanda sobre que era promotora de salud y que en las documentales aparece realizando una serie de actividades de vacunación pero que la mayoría de ellas se realizaron a órdenes de otra entidad y no a favor de la ESE demandada.

Igualmente, al analizar los testimonios rendidos por los señores Raúl Arnulfo Payares Hernández y María Margarita Rodríguez Martínez, si bien, expresan la existencia de una contratación por parte de la ESE demandada para con la demandante, aduciendo la existencia de un horario que la demandante cumplía desde las 8:00 am hasta las 5:00 pm, y que recibía órdenes de quienes señalaron a los señores Alfredo Martínez y Margarita Viñas arias, como coordinadores (Jefes inmediatos); para la Sala, es necesario cotejar las afirmaciones hechas por los testigos en mención frente a la prueba documental allegada oportunamente al proceso.

Pues bien, a folio 56, se avizora cronograma de actividades mensuales, suscrito por Marlene Tuiran cárdenas (Responsable) y Gil María Caro (en calidad de



13001-33-33-002-2013-00256-01

Coordinadora PAI), observando que en este documento no figura ninguno de los funcionarios señalados por los testigos como jefe inmediato.

De la documentación aportada con la demanda, se tiene que muchos no pertenecen a la demandante o en su mayoría tienen membrete de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Municipal de Magangué; sólo en un documento se señala como responsable de la actividad desarrollada a la señora Marlene Tuiran y como Coordinadora PAI a Margarita Viñas, el cual es contentivo de la programación correspondiente al mes de octubre de 2010, fecha posterior al extremo temporal final señalado en la demanda, pretendiendo se declare la existencia de una relación laboral entre las partes.

Respecto a los informes suscritos por Carlos Fernando Castellanos Montilla, Responsable de Servicio al Cliente BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., se tiene que éstos dan cuenta de la afiliación de la señora Marlene Sofía Tuiran a dicha entidad, pero no demuestran que la afiliación se haya realizado en virtud a una vinculación laboral de la misma con la ESE del Municipio de Magangué.

Por todo lo anterior, no es dable para este Tribunal concluir que efectivamente existió una subordinación por parte de la señora Marlene Tuiran frente a la Empresa Social del estado del Municipio de Magangué.

En consecuencia, no está demostrada la vinculación laboral de la señora Marlene Sofía Tuiran Cárdenas con la Empresa Social del estado del Municipio de Magangué, para el periodo señalado en la demanda, pues los testimonios no son creíbles y la prueba documental los contradicen siendo que no contrastan con la realidad.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es negativo, porque la demandante no logró demostrar la existencia de la relación laboral, de forma que prevalece la presunción de legalidad que ampara al acto demandado con fundamento en que la actora no logró acreditar la existencia de vínculo laboral alguno con la ESE del Municipio de Magangué, del cual pudiera generarse el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.



13001-33-33-002-2013-00256-01

VII.- COSTAS

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

VIII.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

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

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 067 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE