



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2013-00281-00
Demandante: **Ludís Esther Ricardo Barboza.**
Demandado: E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú.

Tema. Configuración e Indemnización contrato realidad sector público- Prescripción de los derechos y acciones, inexistencia.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **LUDIS ESTHER RICARDO BARBOZA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 23.217.299, quien actuó a través de apoderado judicial.¹
- Demandado. **E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ.**

1.1.2. Pretensiones.

Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo, el cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la señora Ludís Esther Ricardo Barboza por haber laborado en la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú, en el cargo de auxiliar de enfermería.

¹ Folio 8.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú, cancelar a favor de la señora Ludís Esther Ricardo Barboza las siguientes prestaciones sociales CESANTIAS, INTERESES DE CESANTIAS, VACACIONES, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD y PRIMA DE SERVICIOS.

Tercera: Que el reconocimiento y pago de los salarios correspondientes a los meses de marzo, abril, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2012 y 15 días del mes de enero de 2013.

1.1.3. Hechos.

Primero: Indica la parte que la actora se vinculó a la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú, mediante contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería.

Segundo: Señala que la actora trabajo ininterrumpidamente para la E.S.E. Hospital Local Santiago de Tolú, desde el 2 de marzo de 2012 hasta el 15 de enero de 2013.

Tercero: Adiciona, la demandante que el día 15 de enero de 2013 le fue entregada una carta por parte de la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú, en la cual se le indicaba la terminación del contrato de prestación de servicios.

Cuarto: Manifiesta la parte que durante el tiempo en que estuvo vinculada laboralmente a la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú, ejecuto personalmente, todos los días de manera continua e ininterrumpida y en condiciones de subordinación, la labora para la cual fue contratada, atendiendo las instrucciones y ordenes de sus superiores.

Quinto: Rotula la demandante que por la labor contratada y como contraprestación del servicio prestado, recibió una remuneración de \$800.000 mensuales.

Sexto: Adiciona la demandante que prestó sus servicios en el horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. hasta 5:00 p.m. los días domingos y festivos realizaba turnos en urgencias.

Séptimo: Arguye que durante la relación laboral el empleador no cancelo a la trabajadora las prestaciones sociales a que tiene derecho de conformidad con el decreto 1919 de 2002, así como los factores salariales de que trata el decreto 1042 de 1978.

Octavo: Aduce la accionante que no fue afiliada al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales.

Noveno: Que la entidad demandada, adeuda a la accionante los salarios correspondientes a los meses de marzo, abril, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2012 y 15 días del mes de enero de 2013.

Décimo: Relata que el día 21 de febrero de 2013 la accionante a través de derecho de petición solicito al gerente de la entidad demandada, el reconocimiento y pago de los salarios, cesantías y demás prestaciones a que tiene derecho.

Undécimo: Manifiesta que la entidad demandada no dio respuesta a la petición antes mencionada, de este modo y por haber transcurrido tres meses desde la presentación de la misma, operó el silencio administrativo negativo.

1.1.4. Disposiciones Violadas.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: de la Constitución Nacional Arts. 1, 13 y 25; decreto 1042 y 1045 de 1978; decreto 1919 de 2002.

1.1.5. Concepto de la violación.

Manifiesta la parte que la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, al negar el reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones sociales a la actora, atenta contra el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P; puesto que, está sometiendo a la accionante a un trato discriminatorio, porque no obstante tener el mismo cargo y cumplir con las mismas laborales se les vienen cancelando a otros trabajadores de la misma E.S.E. todas sus prerrogativas laborales.

Concluye que la señora RICARDO BARBOZA se encuentra en la misma situación de hecho que los otros auxiliares de enfermería que se encuentran vinculados por medio de una relación legal y reglamentaria.

Argumenta, que la entidad demandada pretendía mediante la celebración de ordenes o contratos de prestación de servicios, esconder la relación de trabajo que tenía con la accionante, pues esta cumplía su labor de manera personal, bajo una continuada subordinación o dependencia y recibía una remuneración o salario por la prestación de su labor.

Indica que el Gobierno Nacional mediante el decreto 1919 de 2002 fijo el régimen prestacional de los empleados públicos y el régimen mínimo prestacional de los

trabajadores oficiales del nivel territorial el cual es el de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

En virtud, del artículo segundo del decreto en mención se establece que a las personas vinculadas a las E.S.E. se le aplicara el régimen de prestaciones sociales de la rama ejecutiva del orden nacional.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 13 de septiembre de 2013 fue presentada en la oficina judicial la demanda².
- La demanda fue inadmitida a través del auto del 9 de octubre de 2013³; por lo cual la parte presento memorial⁴ corriendo los yerros indicados
- La demanda fue admitida mediante auto del 30 de Octubre de 2013⁵; y la parte apporto la consignación de gastos judiciales⁶
- La demanda fue notificada a las partes el 11 de Diciembre de 2013⁷.
- La entidad demandada presento memorial contestando la demanda⁸; sin embargo la demanda se tuvo por no contestada toda vez que no fue acreditada la calidad en la que fue otorgado el poder.
- A través de auto del 06 de mayo de 2014 se fijó fecha para audiencia inicial⁹.
- El 9 de mayo de 2014 es presentado memorial¹⁰ solicitando la ilegalidad del auto que tuvo por no contestada la demanda; petición la cual fue resuelta mediante auto del 11 de junio de 2014.¹¹
- Mediante auto del 29 de agosto de 2014¹² se reprogramo la fecha de la audiencia inicial.
- El día 04 de diciembre de 2014 se llevó acabo audiencia inicial, se fijó el litigio, se decretaron pruebas, y se fijó fecha para audiencia de pruebas¹³; audiencia la cual fue reprogramada mediante auto del 07 de abril de 2015¹⁴
- El 14 de mayo de 2015 se realizó audiencia de pruebas en la cual se recepcionaron testimonios, y se fijó fecha para continuación audiencia de pruebas.¹⁵

² Fol. 26

³ Folio 28-30

⁴ Folio 33-62

⁵ Fol.64

⁶ Fols. 67-68

⁷ Fols. 70-78

⁸ Folio 79-95

⁹ Fol. 98

¹⁰ Folio 100-103

¹¹ Folio 108.

¹² Folio 120

¹³ Folio 127-131

¹⁴ Folio 136

¹⁵ Folio 140-143

- El 09 de junio de 2015 se realizó continuación de la audiencia de pruebas en la que se cerró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión¹⁶.
- Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

A la entidad demandada se le tuvo por no contestada la demanda; de conformidad a lo indicado en auto del 6 de mayo de 2014.¹⁷

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. **La parte demandante; La entidad demandada y el Ministerio Público:** Guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. Acto Administrativo Demandado.

Se pretende la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto del derecho de petición de 21 de febrero de 2013, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la accionante producto de su labor en la entidad demandada, en el cargo de auxiliar de enfermería.

2.3 Problema Jurídico:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer *¿si la vinculación a través de contratos de prestación de servicios, existente entre las partes, derivo en una relación laboral subordinada, en virtud del principio de la primacía de la realidad?*

¹⁶ Folio. 145-148

¹⁷ Folio 98

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la Litis, referirse al tema del contrato realidad en el sector público, su desarrollo jurisprudencial, la prueba de sus elementos, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

2.4- CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.-MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“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.”

En decisión de Sala Plena del Consejo de Estado, del 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, se consideró que no había quebranto, al principio de la igualdad, que una era la situación del **empleado público**, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales aquélla no adquiere vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el art. 122 de la C.P., que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores públicos; y otra, muy distinta, la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra, finalmente, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino sólo cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Consideró dicho fallo no se puede pretender que los efectos de una figura sean idénticos a los de otra, so pretexto del principio de la igualdad, porque cada realidad es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, por lo cual exponía que era imposible semejanza alguna entre las tres figuras de la relación laboral, negando en dicha oportunidad el reconocimiento solicitado por cuanto no se apreciaba la falsa motivación del acto alegado.

Posteriormente cambió la posición el H. Consejo de Estado, en pronunciamiento de la Sección Segunda C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en sentencia del 19 de febrero de 2009, en la cual se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

“La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público¹.”.

La misma providencia analizó frente al fallo de Sala Plena del Consejo de Estado, del 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, lo siguiente:

“En dicho fallo se concluyó:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*
- 4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.).”

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos¹⁸:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

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

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

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”¹⁹.

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

¹⁸ Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

¹⁹ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones (...).”

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional quien en sentencia C-614 de 2009, abordó nuevamente el estudio del contrato de prestación de servicios la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral y manifestando que:

“...los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho”

En la cita, se reitera y se concluye por parte del Tribunal Constitucional que, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar **funciones de carácter permanente**, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Así mismo, se establecen a efectos de determinar el concepto de función permanente, como elemento que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, los siguientes criterios, a saber:

- i) **Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la

Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.

- ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008²⁰).
- iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003²¹).
- iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002²² a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.
- v) **Criterio de la continuidad:** Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

²⁰ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. Cita de la Providencia

²¹ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02. Cita Original de la Providencia de la C. Constitucional.

²² Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001. Cita original de la providencia de la CC.

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

En cuanto a la forma como se debe liquidar las sumas adeudadas a la demandante, se tendrán en cuenta pronunciamientos al respecto del Consejo de Estado:

“PRESTACIONES SOCIALES”²³

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

*“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria**, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que si es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente **reconocer al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)*

En sentencia de 15 de junio de 2006, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, la Sala sostuvo:

²³ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05 Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

“Los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (...)”

2.5 LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACIÓN, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) Y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en

cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados."²⁴

2.6. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

La carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

La subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, implica la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

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

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral"*²⁵

2.7.- ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según la demandante surge porque, estuvo vinculada con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, SUCRE, de forma continua mediante Órdenes De Prestación De Servicios, bajo subordinación y dependencia del superior, y percibiendo una remuneración por su labor.

²⁴ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÍA BERTHA DÍAZ CORREA.

²⁵ Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Derecho de petición de la actora, dirigido a la entidad demandada solicitando el reconocimiento de unas prestaciones sociales.²⁶
- Comprobante de pago Nro. 588 del 30 de diciembre de 2012 de la E.S.E. Hospital Local Santiago de Tolú por valor de \$2.400.000; y por objeto de pago de contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería en el corregimiento de Las Pitás, correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2012 a la señora LUDYS ESTHER RICARDO BARBOZA.²⁷
- Contrato de prestación de servicios Nro. 638 del 01/11/12, suscritos entre la entidad demandada y la actora, y cuyo objeto era prestar sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA EN EL CORREGIMIENTO DE LAS PITAS, por el término de un mes del 1 al 30 de noviembre de 2012; por un valor del contrato de \$800.000.²⁸
- Contrato de prestación de servicios Nro. 581 del 01/10/12, suscritos entre la entidad demandada y la actora, y cuyo objeto era prestar sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA EN EL CORREGIMIENTO DE LAS PITAS, por el término de un mes del 1 al 31 de octubre de 2012; por un valor del contrato de \$800.000.²⁹
- Contrato de prestación de servicios Nro. 520 del 03/09/12, suscritos entre la entidad demandada y la actora, y cuyo objeto era prestar sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA EN EL CORREGIMIENTO DE LAS PITAS, por el término de un mes del 3 al 30 de septiembre de 2012; por un valor del contrato de \$800.000.³⁰
- Testimonio de la señora TERESA BUELVAS ORTEGA³¹.

Destaca el estrado que los contratos de prestación de servicios aportados por la entidad demandada en su contestación, se encuentran sin firma o rubrica de las partes contratantes, sin embargo, este despacho les dará valor probatorio en virtud de que fueron aportados por la E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú en su contestación.

Ahora bien del testimonio de la señora TERESA BUELVAS ORTEGA se destaca que labora en la E.S.E. Santiago de Tolú como empleada de planta; indica que conoció a la accionante RICARDO BARBOZA como auxiliar de enfermería de la E.S.E Santiago de Tolú en los programas de crecimiento, desarrollo y vacunación, que la accionante prestó sus servicios en el centro de salud del corregimiento de Las Pitás de jurisdicción del municipio de Tolú, que tenía un horario de trabajo de 8 a 12 m y de 2 a 5 pm; con disponibilidad de turnos los

²⁶ Fols. 9-10

²⁷ Folio 82-83

²⁸ Folio. 84-86

²⁹ Folio 88-90

³⁰ Folio 92-94

³¹ Folio 140-143Cd. Aud de Pruebas Min: 7:28-25:19

fin de semana y festivos, que recibía órdenes de la jefe de enfermería; que desconoce el tipo de contratación y el salario pactado con la accionante; que esta laboro al servicio de la E.S.E. hasta el paro del año 2012, en la cual la actora se sumó a este por lo cual fue despedida.

De las anteriores probanzas y su análisis en conjunto, para este despacho es claro que efectivamente la señora RICARDO BARBOZA, estuvo vinculada a la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, en el periodo comprendido entre el 03 de septiembre al 31 de noviembre de 2012, como auxiliar de enfermería. Lo cual se corrobora con el contrato de prestación de servicios portado como prueba dentro del expediente. De la prestación del servicio desde el 02 de marzo al 02 de septiembre y desde el 1 de diciembre de 2012 hasta el 15 de enero de 2013 dentro del plenario no hay ninguna prueba que así lo indique.

En ese orden, frente al elemento prestación personal del servicios, quedó acreditado, que la demandante laboró en la fecha descrita con anterioridad, conforme al periodo establecido en el contrato de prestación de servicios y/o orden laboral, sobre lo cual se volverá en caso de prosperar las pretensiones de la demanda a efectos de precisar el restablecimiento del derecho.

En cuanto a las labores encomendadas a la actora, de AUXILIAR DE ENFERMERIA, los mismos contratos obrantes en el proceso da cuenta que el demandante recibía una retribución por la prestación de sus servicios personales. Sin embargo, es de importancia resaltar que revisados los contratos previamente citados, en la cláusula quinta se indicó:

“QUINTA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO. El valor del presente contrato fue acordado en la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000), que será un pago detallado de la siguiente manera:

| CONCEPTO | VALOR |
|-------------------------------|----------------------------|
| <i>SALARIO</i> | <i>\$550.000,00</i> |
| <i>CESANTIA</i> | <i>\$44.615,00</i> |
| <i>PRIMAS DE SERVICIOS</i> | <i>\$44.615,00</i> |
| <i>INTERESES DE CESANTIAS</i> | <i>\$446,00</i> |
| <i>VACACIONES</i> | <i>\$22.335,00</i> |
| <i>SALUD</i> | <i>\$60.670,00</i> |
| <i>PENSIÓN</i> | <i>\$77.319,00</i> |
| VALOR TOTAL A PAGAR | <i>\$800.000,00</i> |

Pagaderos al finalizar la labor contratada, previa certificación por parte del jefe de recursos humanos o del gerente.”

Encuentra contradictoria este despacho la cláusula previamente enunciada, con la séptima de los mencionados contratos la cual indica:

*“SEPTIMA: SITUACIÓN JURIDICA DEL CONTRATISTA EN DESARROLLO DE ESTE CONTRATO: De conformidad con el artículo 32 inciso 3 de la Ley 80 de 1993, el **CONTRATISTA no se considera para efectos de este contrato empleado o trabajador del HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E. sino CONTRATISTA INDEPENDIENTE y no tendrá derecho a reclamar prestaciones laboral alguna**” (Negrillas propias)*

Lo anterior, toda vez que el pago de prestaciones sociales desnaturaliza la figura del contrato de prestación de servicio. Al respecto el H. Consejo de Estado, en providencia del 12 de mayo de 2014 sobre las sanciones disciplinarias por responsabilidad fiscal indicó:

*“El artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios que celebran las entidades estatales, y de manera categórica en el inciso final del citado numeral dice: **“En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales...”**”.*

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los apartes resaltados, a través de la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

Por lo tanto, cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que significa que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual deberá probar los tres elementos que hace presumir la existencia de una relación laboral, en especial la subordinación.

*Lo precedente deja en claro que un representante legal y ordenador del gasto de la entidad estatal, como lo es el Alcalde en el Municipio³², **al suscribir un contrato de prestación de servicios, no puede pactar el reconocimiento y pago de prestaciones laborales, como si de una relación laboral se tratara. De hacerlo, no sólo se desnaturaliza este tipo de contrato, sino que se vulnera de manera manifiesta la disposición citada, con lo cual se viola un deber funcional y se incurre en una prohibición legal.***

Ahora, dispone el artículo 48, numeral 31, del C.D.U., que constituye falta gravísima: “Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación

³² De conformidad con el numeral 3º, literal b), del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva, en el orden territorial, los alcaldes municipales.

estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley."³³.

Confrontando la situación fáctica y lo que emerge de lo probado, con el marco legal mencionado, para esta Colegiatura es incuestionable, como lo fue para las autoridades disciplinarias, tanto de primera como de segunda instancia, que el Sr. José de Jesús Ortiz Duarte, en su condición de Alcalde del Municipio de Hatonuevo (La Guajira), cuando suscribió -con el Sr. Víctor Edgar Brito Iguarán como contratista-, el contrato administrativo de prestación de servicios No. 050 del 8 de febrero de 2003, y pactó no sólo el pago de unos honorarios, sino el reconocimiento de prestaciones sociales -que fueron efectivamente pagadas-, incurrió en la falta gravísima establecida en el citado numeral el artículo 48 del C.D.U., ya que su participación en la actividad contractual, a fe de esta Corporación, lo fue en detrimento del erario y en contravía de la disposición del Estatuto de Contratación Pública, comprometiendo de paso el principio de economía consagrado en el artículo 209 Superior."³⁴

Por lo cual, dentro de los mencionados contratos de prestación de servicios no se podrían incluir el pago de prestaciones sociales, por cuanto estaría desnaturalizando los contratos suscritos e incurriendo en una falta disciplinaria.

En relación con el elemento subordinación, como antes mencionamos, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y que permite al Despacho afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, por cuanto si se observa el objeto por el cual fue contratado la actora, era de AUXILIAR DE ENFERMERIA, es decir que de la denominación del cargo, se desprende que estaba obligado a cumplir con las directrices del Hospital en lo concerniente a las funciones encomendadas por los jefes de enfermería y a cumplir con un horario; y no bajo su propia dirección o gobierno, con mayor razón cuando se trata de actividades propias del giro ordinario de la entidad y ejecutadas por los funcionarios de planta tal como se reafirma con la declaración de la testigo; lo cual son muestras en este particular evento de existencia de subordinación.

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, nos lleva a concluir que estamos en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de Contratos De Prestación De Servicios y/o Ordenes Laborales, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales

³³ El aparte que aparece en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2005, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 12 de mayo de 2014, C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 11001-03-25-000-2012-00187-00 (076512)

establecidos en los artículos 25 y 53³⁵ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto ficto presunto negativo producto de la petición del 21 de febrero de 2013, mediante el cual se denegó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor de AUXILIAR DE ENFERMERIA, en la entidad demandada.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que nos ocupa se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público³⁶. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que al demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos de la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por el periodo comprendido entre el 03 de septiembre al 31 de noviembre de 2012.

La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizara conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

³⁵ Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y Justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado

³⁶ Más no la condición de empleado Público.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional. Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ³⁷.

En consideración, a la solicitud que le reconozcan y paguen a la accionante RICARDO BARBOZA, el equivalente a los salarios correspondientes a los meses de **marzo, abril, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2012; y 15 días del mes de enero de 2013**; teniendo en primer lugar la entidad demandada la carga de la prueba de desvirtuar lo solicitado por la parte demandada, situación que en el presente caso en parte sucedió; pues por el periodo **septiembre, octubre, noviembre de 2012** fue aportado junto con la contestación de la demanda Comprobante de pago Nro. 588 del 30 de diciembre de 2012 de la E.S.E. Hospital Local Santiago de Tolú por valor de \$2.400.000; y por objeto de pago de contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería en el corregimiento de Las Pitás, correspondiente a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2012 a la señora LUDYS ESTHER RICARDO BARBOZA³⁸; si bien el mencionado documento no tiene firmas, el mismo no fue tachado de falso por la parte demandante, por lo cual este despacho le otorgara valor probatorio correspondiente, y se entenderá como desvirtuada la pretensión sobre el periodo indicado.

En consideración, a los salarios para los periodos de **marzo, abril, diciembre del año 2012; y 15 días del mes de enero de 2013**, toda vez que no fue acreditados dentro del plenario que la accionante haya laborado en la entidad demandada en los periodos antes descriptos, este despacho denegara de igual forma lo solicitado.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada³⁹. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal

³⁷“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista” Ídem 56.

³⁸ Folio 82-83

³⁹Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como

Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁴⁰ mediante la cual se apartó de posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)⁴¹, en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

4. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

1. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto presunto negativo producto de la petición del 21 de febrero de 2013, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora LUDIS ESTHER RICARDO BARBOZA, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1° de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

⁴⁰ Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01- accionante: Brenda Ildelfonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

⁴¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ a pagar a la actora a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad durante el periodo que prestó sus servicios la señora LUDIS ESTHER RICARDO BARBOZA, esto es desde el 03 de septiembre al 31 de noviembre de 2012, sumas liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, al igual que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora LUDIS ESTHER RICARDO BARBOZA bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o ordenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme a los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA

JUEZ