



**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>	
Expediente No.	11001333501420130007600
Demandante	MARCELA GALINDO URQUIJO
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del C.P.A.C.A., el Despacho procederá a dictar Sentencia, dentro de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter laboral, promovida por la señora **MARCELA GALINDO URQUIJO** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasan a exponer:

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda:**

**1.1. Las pretensiones** en resumen son las siguientes (fls. 128 a 129):

**1.1.1** Que se declare la nulidad de los **oficios Nos. 2-2013-002079 de 24 de enero de 2013, proferido por el Ministerio de hacienda, 201311100068881 de 23 de enero de 2013, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social y 2013EE00008326 de 22 de enero de 2013 de la Fiduprevisora**, mediante los cuales las entidades demandadas, negaron el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de las acreencias laborales a favor de la señora Marcela Galindo Urquijo, causadas bajo el principio primacía de la realidad sobre las formas.

**1.1.2** Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare la configuración de un vínculo laboral desde el 01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, y por lo tanto se ordene el reconocimiento de todas las acreencias laborales, tales como cesantías,



intereses sobre las cesantías, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos, reconocimiento de aportes para seguridad social en salud y pensiones, causadas desde el momento en que la demandante se vinculó con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hasta el término del último contrato de prestación de servicios, para lo cual debe tenerse en cuenta el último salario devengado por el accionante.

**1.1.3** Igualmente, solicita que se devuelva lo pagado por concepto de pólizas y retención en la fuente; que se le pague los perjuicios, los intereses moratorios generados por la falta de pago de las acreencias laborales, la indemnización por supresión del cargo o terminación unilateral del contrato y la indemnización por lucro cesante, correspondiente a un día de salario por cada día de retraso en el reconocimiento de las acreencias laborales, desde que se produjo la desvinculación.

**1.1.4** Asimismo, pretende que se condene a la demandada al pago de todo derecho legal y extralegal que logre demostrar dentro del proceso —ultra y extrapetita—.

**1.1.5** Que se ordene la actualización de la condena en los términos del artículo 187 del CPACA y que el cumplimiento de la sentencia se efectúe dentro de los términos del artículo 192 *ibidem*.

**1.1.6** Finalmente, pide que se ordene el pago de perjuicios y costas que se causen en el proceso, conforme lo dispone el artículo 188 del CPACA.

**1.2.** De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio arrimado al expediente, se encuentran probados los siguientes **hechos**:

**1.2.1** De conformidad con la certificación expedida por la Subgerente Administrativo y Financiero de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento visible a folio 53, la señora Marcela Galindo Urquijo suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios con la aludida Empres Social del Estado:

No. contrato	Vigencia	Objeto del contrato
19523	01/07/03 - 15/02/04	Tecnólogo terapia respiratoria
01728-04	16/02/04 - 15/03/04	Tecnólogo terapia respiratoria
02859-04	16/03/04 - 30/04/04	Tecnólogo terapia respiratoria



05207-04	01/05/05	30/06/04	Tecnólogo terapia respiratoria
07486-04	01/07/04	31/10/04	Tecnólogo terapia respiratoria
09903-04	01/11/04	31/01/05	Tecnólogo terapia respiratoria
00092-05	01/02/05	31/05/05	Tecnólogo terapia respiratoria
03229-05	01/06/05	31/08/05	Tecnólogo terapia respiratoria
06657-05	01/09/05	10/10/05	Tecnólogo terapia respiratoria
07420-05	11/10/05	31/01/06	Tecnólogo terapia respiratoria
09687-06	01/02/06	31/05/06	Tecnólogo terapia respiratoria
12414-06	01/06/06	10/10/06	Tecnólogo terapia respiratoria
15410-06	11/10/06	30/11/06	Tecnólogo terapia respiratoria
17360-06	01/12/06	04/01/07	Tecnólogo terapia respiratoria
00291-07	05/01/07	04/05/07	Tecnólogo terapia respiratoria
03346-07	05/07/07	30/09/07	Tecnólogo terapia respiratoria

**1.2.2** Mediante peticiones dirigidas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Salud y de la Protección Social y a Fiduprevisora S.A., la demandante solicitó el reconocimiento y pago de acreencias laborales, que presuntamente se causaron durante el tiempo que suscribió contratos de prestación de servicios, pues señala que bajo esa figura se disfrazó una autentica relación legal y reglamentaria (fls. 45, 48 y 51).

**1.2.3** Las anteriores solicitudes fueron negadas —en su orden— por esas mismas entidades mediante los siguientes actos administrativos: **(1)** Oficio No. 2-2013-002079 de 24 de enero de 2013<sup>1</sup>, **(2)** Oficio 201311100068881 de 23 de enero de 2013<sup>2</sup> y **(3)** el Oficio No. 2013EE00008326 de 22 de enero de 2013<sup>3</sup>.

## **2 Contestaciones de la demanda**

**2.1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 188 a 201)** se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tuvo participación en el supuesto daño que se le causó a la demandante, puesto que dicha entidad no asumió obligaciones laborales de la ESE, ni la sustituyó o sucedió en el proceso de liquidación. Adicionalmente, precisó que el Ministerio cumplió la orden prevista en el Decreto 4171 de 2009 y giró los recursos faltantes a la Fiduprevisora y al Instituto de Seguro Social para cubrir las obligaciones laborales taxativamente señaladas en ese decreto, por ende cualquier

<sup>1</sup> Proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público

<sup>2</sup> Proferido por el Ministerio de Salud y de la Protección Social

<sup>3</sup> Proferido por Fiduprevisora S.A.



responsabilidad recae en el Fideicomitente, es decir, en el Ministerio de la Protección Social y la Fiduprevisora.

**2.2. Fiduciaria La Previsora S.A. (fls. 213 a 235)**, manifestó oposición a las pretensiones de la demanda, puesto que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con la ESE de forma libre y voluntaria; además el simple hecho que el contratante le exija al contratista el cumplimiento de ciertas condiciones, no significa que exista subordinación o una relación laboral, pues se trata de orientaciones para la realización efectiva de la actividad contratada.

De otra parte, sostuvo que la vinculación de la accionante a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento obedeció a que esa entidad no contaba dentro de su planta con personal suficiente para prestar el servicio especializado de terapia respiratoria.

**2.3. Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 259 s 275)**, señaló que ese Ministerio no tiene la calidad de sucesor procesal de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, pues no existe norma que disponga que los procesos y contingencias contra la entidad liquidada deban asumirse por el ente ministerial.

También, manifestó que se configura inexistencia del acto administrativo, puesto que el oficio demandado no contiene una manifestación expresa de la voluntad de la administración, ni define la situación jurídica particular, máxime cuando el ESE Luis Carlos Galán a través de la Resolución RCA 227 de 4 de julio de 2008 resolvió algunas reclamaciones sobre acreencias laborales presentadas de forma extemporánea por contratistas, razón por la cual ese era el acto administrativo que debía demandarse oportunamente y no los derivados de reclamaciones presentadas 7 años después de la terminación del vínculo contractual.

### **3 Audiencias realizadas dentro del trámite**

**3.1.** El 09 de marzo de 2017 se celebró audiencia inicial con presencia de las partes; en esa oportunidad, además de resolver sobre el saneamiento del proceso, se decidieron excepciones previas, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 330 a 334 y CD fl. 336).



3.2. El 31 de mayo de 2017 se realizó la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA, allí se escucharon las declaraciones rendidas por las señoras Luz Marina Rojas y Enith Nieto (fls. 355 a 360 y CD. fl. 361).

#### 4. Alegatos de conclusión.

4.1. **Parte demandante (fls. 377 a 381)** Se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda; sostuvo que en el presente caso se logró demostrar la configuración de una relación laboral entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, pues los servicios se prestaron de forma continua e ininterrumpida en un cargo que hacía parte de la planta de personal de la entidad, desdibujando así la temporalidad del contrato de prestación de servicios; igualmente, con la prueba testimonial se acreditó la subordinación y el cumplimiento de horario por parte del accionante, es decir, que se reúnen todos los elementos de una verdadera relación laboral.

4.2. **Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 375 a 376)** solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda porque entre el Ministerio de hacienda y la demandante no existe ningún vínculo jurídico, como tampoco entre esa cartera ministerial y la ESE Suprimida o el Ministerio de Salud y Protección Social. En este orden de ideas, considera que la entidad que debe responder por la posible condena es el PAR Fiduprevisora y el Ministerio de Salud y Protección Social. De otra parte, afirma que la demandante nunca elevó la reclamación que ahora pretende ante la entidad empleadora, de lo cual deduce que desarrolló y ejecutó los contratos aceptando sus obligaciones y su condición de contratista. Finalmente, solicita que se declare la falta de legitimación en la causa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4.3. **Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 382 a 386)** reiteró que en el presente caso el acto administrativo que debió demandarse fue la resolución RCA no. 0227 de 4 de julio de 2008, mediante la cual se resolvieron unas solicitudes de prestaciones sociales presentadas de forma extemporánea por contratistas, dado que la demandante no puede pretender reclamar indefinidamente las prestaciones a las que considera tener derecho y sobre las cuales ya existía una respuesta clara y de fondo. Por otro lado, reiteró que el Ministerio de Salud y Protección Social no debe responder por las reclamaciones laborales de la demandante ya que no



intervino en la contratación de la misma; adicionalmente, la ESE liquidada era una entidad descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio y, por tanto, el Ministerio de Salud y Protección Social no su sucesor procesal.

**4.4. Fiduciaria La Previsora S.A.** no presentó alegatos de conclusión.

**4.5.** La representante del **Ministerio Público** no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

### **1. Problema jurídico.**

Se circunscribe en establecer si la parte demandante tiene derecho a que se declare la existencia de una relación laboral y en consecuencia se condene a las entidades accionadas a que, a título de indemnización, le liquiden y paguen todas las acreencias laborales percibidas como terapeuta respiratoria de la E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, entre el 01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, en igualdad de condiciones de aquellas personas que trabajaban en la planta de la entidad.

### **2. Tesis.**

La tesis que sostiene el Despacho es que la parte demandante demostró que los contratos de prestación de servicios suscritos con la liquidada ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, para desempeñarse como terapeuta respiratoria entre el 1º de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007, encubrieron la existencia de una relación laboral; sin embargo, como la reclamación administrativa se presentó transcurridos más de 3 años desde la terminación del último contrato se configuró la prescripción de las prestaciones laborales que la demandante tenía derecho a percibir a título de indemnización, por lo cual sólo hay lugar a reconocer lo correspondiente a los aportes para seguridad social en pensiones, los cuales no prescriben según lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

### **3. Argumentos que sustentan la tesis - Marco normativo y jurisprudencial en relación al tema del contrato realidad.**

**3.1.** Con la reforma constitucional de 1991 se adoptó el modelo de Estado Social de Derecho en el cual se reconoce la supremacía de la Constitución (art. 4º) y con éste,



principios tales como el previsto en el artículo 53 que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos reconocidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la mismas funciones que el personal de planta de una entidad o empresa.

Bajo este marco, el citado artículo 53 dispone que en el estatuto de trabajo que expida el Congreso de la República tendrá en cuenta como principios mínimos fundamentales, la *“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. ...”*

En lo que se refiere al desempeño de la función pública, los artículos 122 y 125 de la Carta Política de 1991, consagran las siguientes previsiones:

*“Art. 122.- 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.  
(...)”*

*“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”.*

Bajo esa orientación, existen dos clases de vinculaciones con entidades del Estado, cada una, con sus propios elementos y regulación normativa: a) empleados públicos (relación legal y reglamentaria) y b) trabajadores oficiales (contrato de trabajo).

No obstante, la ley permite que determinadas labores se presten a través de la figura del contrato de prestación de servicios (relación contractual estatal), sin que se exceda los límites que el mismo legislador le otorga. Así, el artículo 7º del Decreto



1950 de 1973 prevé que "(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios **para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente**, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto. // La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad" (resaltado fuera de texto original).

Por su parte, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios como aquellos que "... celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados." Y finaliza diciendo que "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997<sup>4</sup> al estudiar el referido artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, en los siguientes términos:

*"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**

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.



**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” (énfasis del Despacho).

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 (Exp. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter), sostuvo:

*“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.*

*En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes o condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>5</sup>.*

*De igual manera en reciente decisión de la subsección B de esta sección segunda<sup>6</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) 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,*

<sup>5</sup> En similares términos se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01 (0202-10).

<sup>6</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.



**requisitos necesarios** establecidos por la jurisprudencia, **para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral**; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.” (Negrillas del Juzgado).

De conformidad con el anterior criterio, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere probar los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad se haya prestado bajo **subordinación**, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo que la labor contratada; que el servicio sea **permanente e inherente al objeto de la entidad** y que exista **equidad o similitud** entre la labor contratada y las que desarrollan los demás empleados de planta; igualmente, ha de comprobarse que el servicio se preste de forma **personal** y que por el mismo haya recibido una **remuneración** o pago.

De estos elementos, el de **subordinación** resulta ser el de mayor relevancia, toda vez que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral. Al respecto, el Consejo de Estado ha insistido en la importancia de la subordinación<sup>7</sup>, indicando que cuando una persona vinculada bajo la forma de contrato de prestación de servicios logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tiene derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad, sin que ello implique conferir la condición de empleado público. Igualmente, aclaró 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*

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION “B”. Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11).



*instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.”*

En conclusión, la existencia de una auténtica relación laboral que fue ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios queda desvirtuada, cuando de la valoración de las pruebas obrantes en el proceso se establece que la prestación del servicio personal obedeció a una labor propia de la entidad pública que lo contrató, que por ello recibió una remuneración, y especialmente, que la persona estuvo sometida a la continua subordinación y dependencia de la administración, distinta a la de una actividad coordinada que se pudiera establecer en la entidad.

### **3.2. Del contrato realidad en materia de servicios de salud.**

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que *“en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos 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, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”*<sup>8</sup>

Igualmente, la Alta Corporación ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, *“la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad”, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.<sup>9</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Por lo anterior, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes.

#### 4. Caso concreto.

4.1. En el *sub lite* la señora Marcela Galindo Urquijo pretende que, bajo principio Constitucional de primacía de la realidad sobre las formas de que trata el artículo 53 Superior, se declare la existencia de una verdadera relación laboral derivada de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con la liquidada ESE Luis Carlos Galán Sarmiento entre 1º de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007, por lo que pide se ordene el reconocimiento de las acreencias laborales que para el efecto le fueron reconocidas a los empleados nombrados en la planta permanente de dicha entidad.

De conformidad con lo anterior, pasa el Despacho a establecer si en el presente caso se demostraron los elementos que dan lugar a la configuración de una relación laboral entre el demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento –liquidada-.

##### i) De la prestación personal del servicio:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que la señora Marcela Galindo Urquijo, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, prestó sus servicios de forma personal e ininterrumpida como tecnóloga en terapia respiratoria en las instalaciones de la institución de servicios de salud mencionada.

La anterior afirmación, se extrae de la prueba testimonial practicada dentro del proceso, pues las declarantes, quienes se desempeñaron como empleadas de la

---

<sup>9</sup> Ibid.



planta de personal de la entidad y fueron compañeras de trabajo de la accionante, afirmaron que la señora Marcela Galindo Urquijo prestó sus servicios de forma personal, en las instalaciones de la entidad y con los materiales que la ESE Luis Carlos Galán les suministraba para el efecto.

#### **ii) De la remuneración:**

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente (94 a 110), se verifica que la entidad le fijó a la señora Marcela Galindo Urquijo una retribución por sus servicios como tecnólogo de servicios asistenciales terapia respiratoria, para tal efecto señaló: *“La Empresa cancelará al CONTRATISTA por concepto de honorarios pagos mensuales iguales vencidos o fracción de mes (...) de acuerdo con las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el supervisor y presentación de la constancia de pago al sistema de seguridad social en salud y pensión (...)”*.

#### **iii) Subordinación o dependencia**

Este es, en ultimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

En caso *sub examine* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación con la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues la demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario o turnos de trabajo, pedir permisos igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista.

Así, con los testimonios recaudados se puso en evidencia que la señora Marcela Galindo Urquijo tenía que cumplir unos turnos de aproximadamente 6 horas de trabajo de lunes a sábado, en los cuales se desempeñaba como tecnólogo en terapia respiratoria, al igual que los empleados de planta. Sobre este asunto, la testigo Luz Marina Rojas Salamanca declaró ante este Juzgado, en la audiencia de pruebas, lo siguiente:



**“Preguntado:** ¿La Señora Marcela Cumplía algún horario? **Respondió:** Sí, todos cumplíamos horario, ella también. **Preguntado:** ¿De qué hora a qué hora? **Respondió:** Yo diría que a las siete, porque yo entraba a las seis de la mañana, de las siete como hasta las dos de la tarde. (...) **Preguntado:** ¿Señora Marina, infórmele al Despacho quién designaba el horario que cumplía la señora Marcela? **Contestó:** Ella era de contrato civil y pues el horario, me imagino que el contrato decía el horario; sin embargo, como habían prioridades de cubrir, pues se cubría el horario que hacía falta la persona, pero por lo general estuvimos en la mañana. **Preguntado:** ¿Manifiéstele al Despacho si existía un control en el cumplimiento de los horarios asignados a la señora Marcela y quién ejercía ese control, si usted tiene conocimiento? **Contestó:** Hace muchos años había un reloj, pero después dejó de funcionar. Ya después automáticamente había un libro donde uno anotaba el horario de llegada, ya eso después pasó de moda, entonces uno firmaba que cumplía su horario. (...) **Preguntado:** ¿Manifiéstele al Despacho si la demandante, cuando trabajaba en la ESE, en el ejercicio de sus funciones diarias, ella podía disponer libremente de su tiempo? **Contestó:** No, nosotros no podíamos hacer eso, cumplíamos, empezando porque teníamos pacientes y teníamos que responder por ellos. **Preguntado:** ¿Indíqueme al Despacho, señora Luz Marina, si la señora Marcela Urquijo (sic) necesitaba pedir permisos tal vez, para ausentarse de sus labores, para realizar algún tipo de diligencia personal? **Contestó:** Yo pienso que no, casi nunca podíamos porque como es programación con pacientes...”

Por su parte, la señora Enith del Carmen Nieto, quien para la época de los hechos se desempeñó como profesional universitario y coordinadora del área de Fisioterapia y Rehabilitación de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y, en consecuencia, como superior de la accionante, hizo las siguientes declaraciones:

**“Preguntado:** ¿Doña Marcela tenía que cumplir algún tipo de horario? **Contestó:** Sí, ella tenía que someterse a todo el reglamento del seguro, del área de Fisioterapia y Rehabilitación. Tenía que cumplir horario igual que los de planta. **Preguntado:** ¿Qué pasaba si doña Marcela quería solicitar algún permiso, a quién se lo solicitaba y cómo era el procedimiento? **Contestó:** A mí, pero eran restringidos los permisos casi ella no tenía esa libertad. Tenía que cumplir con el tiempo establecido en su contrato su horario. Tenía que cumplir ocho horas de trabajo. **Preguntado:** ¿Manifiéstele al Despacho, en cuanto al horario que tenía establecido, quién era la persona que ejercía el control sobre ese horario? **Contestó:** Mi persona (...). **Preguntado:** ¿Qué clase de órdenes de impartía usted [a la señora Marcela Galindo Urquijo] como coordinadora? **Contestó:** Que se cumpliera toda la atención a las planillas que tenía establecidos, con el número de pacientes. **Preguntado:** ¿Qué pasaba en la eventualidad que la señora Marcela no cumpliera con el horario? **Contestó:** Siempre cumplía con el horario, ellos tenían que cumplir con el horario. **Preguntado:** ¿Indíqueme al Despacho si la demandante podía ausentarse de manera libre e independiente para atender algún asunto personal o si por el contrario debía solicitar algún permiso? **Contestó:** No podía desplazarse de su horario de trabajo y si debía ausentarse por alguna eventualidad debía pedir permiso.”



Como se puede verificar, la demandante se encontraba subordinada a las instrucciones impartidas por los superiores en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo. Igualmente, quedó demostrado que no existía ninguna diferencia entre las funciones que desarrollaba el personal de planta y el vinculado por contrato de prestación de servicios, puesto que los turnos de trabajo se establecían sin distinguir el tipo de vinculación.

Adicionalmente, el Despacho considera que, pese a que la accionante era la única fisioterapeuta del centro de salud en el cual prestaba sus servicios, las labores para las cuales fue contratada la señora Galindo Urquijo –tecnóloga en terapia respiratoria- hacían parte del giro ordinario de las funciones de una entidad prestadora de servicios de salud, razón por la cual este no es uno de los casos en los cuales tales actividades pueden prestarse mediante contrato de prestación de servicios.

De otro lado, se desvirtuó la transitoriedad de las funciones desempeñadas por la accionante Marcela Galindo, puesto que su vinculación perduró por espacio de 4 años y 3 meses, sin que entre la celebración de los contratos se presentara interrupción alguna.

Por lo expuesto hasta el momento, el Despacho considera que en el presente caso se desvirtuó el vínculo contractual que existió entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento –liquidada- y, por ende, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, es dable concluir que se demostró la existencia de una verdadera relación laboral. Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la accionante la condición de empleada pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado<sup>10</sup>.

En este orden de ideas, habiéndose declarado la existencia de una relación laboral, el Despacho procederá a decidir la excepción de prescripción extintiva, pues como lo dispuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en auto de 24 de septiembre de 2015, es en la sentencia que se debe

<sup>10</sup> C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.



decidir una vez se establezca si efectivamente se acredita la existencia del derecho para luego determinar si el mismo se encuentra afectado por dicho fenómeno.

**4.2. De la prescripción extintiva.** La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo a las condiciones contempladas por el legislador en materia adquisitiva o extintiva<sup>11</sup>.

Sobre la prescripción de los derechos laborales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, dispone:

*"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A en sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13) (C.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN) modificó la tesis sobre la aplicación de prescripción frente al reconocimiento de prestaciones laborales, cuando se reclama el contrato realidad, y dijo que, a pesar de que la sentencia que reconoce la existencia del contrato realidad es constitutiva del derecho, la parte accionante tiene que reclamar ante la administración dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios, de conformidad con lo expuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan:

*"En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos solo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el*

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), 4 de julio de 2013, radicación número: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12), actor: Luz Stella Trujillo Cortés



cual no es viable en la sentencia declarar la prescripción de los derechos, siempre y cuando el interesado haya reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.” (Subrayas y Negrillas del Juzgado)

La anterior posición fue reiterada por la misma Corporación en la sentencia del 9 de abril de 2014, expediente No. 20001-23-31-000-2011-00142-01 (0131-13), con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Finalmente, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, proferida dentro del expediente No. 2013-00260-01 con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, reiteró y dejó zanjado el asunto frente a si resulta procedente declarar la prescripción de las prestaciones laborales deprecadas en virtud de la declaración del contrato realidad, pese a estar concernidos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, bajo los siguientes argumentos:

*“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*

*Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual **los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad<sup>12</sup>, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales<sup>13</sup> y progresividad y***

<sup>12</sup> Constitución Política, artículo 53.

<sup>13</sup> Ibidem.



prohibición de regresividad en materia de derechos sociales<sup>14</sup>, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas<sup>15</sup> e irrenunciabilidad a la seguridad social<sup>16</sup>.

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

(...)

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

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)<sup>17</sup>, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(...)

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona

<sup>14</sup> Corte Constitucional. sentencia C- 1141 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto. "El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción".

<sup>15</sup> Constitución Política, artículo 25.

<sup>16</sup> Ibidem, artículo 48, inciso 2°.

<sup>17</sup> "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)"



*(exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.*

*(...)*

*Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.” (Énfasis del Juzgado)*

En el *sub judice*, si bien es cierto quedó demostrado que entre el 1º de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007 existió un vínculo laboral entre la señora Marcela Galindo Urquijo con la liquidada Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, y por lo mismo le asistiría derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos causados en ese período, también lo es que la reclamación de dichas acreencias debió prestarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual, para el presente caso a más tardar el 1º de noviembre de 2010, so pena de configurarse el fenómeno de prescripción extintiva del derecho como lo ordena el artículo 45 del Decreto 3135 de 1968; sin embargo, como la reclamación se presentó hasta el 16 de enero de 2013, es evidente que operó la prescripción.

Pese a lo anotado, en atención a que como lo señaló la jurisprudencia del Consejo de Estado, los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, por lo cual hay lugar a reconocer y ordenar pagar y/o realizar dichas contribuciones en la suma que corresponda al empleador, para lo cual, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de



julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, el cual se debe calcular con base en los honorarios pactados, mes a mes y determinar si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo de pensiones, y la suma faltante, por concepto de aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador, deberá pagarse al fondo de pensiones indicado por la demandante al momento de solicitar el cumplimiento de la sentencia. Para efectos de lo anterior, la parte actora deberá acreditar ante la administración las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En concordancia con lo expuesto, es procedente declarar que el tiempo laborado por la demandante como tecnólogo en terapia respiratoria bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, desde el 1º de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007, debe computar para efectos pensionales.

**4.3.** Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

#### **4.4. Sobre la entidad que debe responder por la condena**

Establecido lo anterior, corresponde al despacho determinar en cabeza de quién



está la responsabilidad de reconocimiento, liquidación y pago de la condena impuesta en esta providencia.

Mediante Decreto 3202 de septiembre de 2007 la ESE Luis Carlos Galán entró en proceso de liquidación y el 06 de noviembre de 2009, a través del Decreto 4171, culminó tal procedimiento, y en virtud de lo previsto en el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, que modificó el Decreto 254 de 2000, se dejó en manos de un Patrimonio Autónomo de Remanentes, constituido por la Empresa Social en comento con la Fiduciaria La Previsora S.A. -"Contrato de Fiducia Mercantil No 0114 de 2008"-, el pago de los pasivos derivados del proceso de liquidación.

Finalizado el proceso liquidatorio de la ESE Luis Carlos Galán, se levantó el acta respectiva y allí expresamente se cedió el contrato de fiducia mercantil al Ministerio de Salud y Protección Social, razón por la cual éste último actúa como fideicomitente cesionario.

En consecuencia de lo anterior, se colige que el Ministerio de Salud y Protección Social, como cesionario del "contrato de fiducia mercantil No. 0114 de 2008" suscrito inicialmente entre la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO hoy liquidada y la FIDUPREVISORA S.A, es la entidad encargada de administrar el "Patrimonio Autónomo de Remanentes" y "*asumir el pago de las obligaciones que se llegaren a producir ante una eventual decisión judicial que reconozca derechos y que genere condenas en su contra*".<sup>18</sup>

Por lo anterior, para el Despacho no se encuentran justificados los argumentos expuestos por el Ministerio de la Salud y Protección Social, ya que como se determinó, siendo el ministerio fideicomitente cesionario del contrato No. 114 de 2008, cuyo objeto fue la administración del patrimonio de la E.S.E., que incluye obligaciones tales como las de efectuar pagos con tales recursos y administrar los procesos judiciales, se encuentra legitimado por pasiva para ser parte dentro del presente proceso y por ende, responder ante una eventual condena, con lo que queda demostrado que su posición no se limita únicamente al control tutelar como lo manifestó en la contestación de la demanda.

<sup>18</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F". sentencia de 14 de julio de 2016, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA, Radicación: 11001-33-31-010-2008-00280-01



De otra parte, para no dejar insolutas las reclamaciones y acreencias laborales que no se hayan incluido inicialmente en el contrato de fiducia mercantil No. 114 de 2008, el artículo 1º del Decreto 4171 de 2009 mencionado, estableció:

“ARTÍCULO 1º. En virtud del presente decreto la Nación asume el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, únicamente por concepto del valor de la normalización pensional aprobado por la entidad ante la cual se surtió dicho mecanismo, las obligaciones laborales oportunas y extemporáneas, las obligaciones laborales clasificadas en el pasivo cierto no reclamado y las clasificaciones en el pasivo cierto no reclamado y las clasificaciones como gastos administrativos laborales.

Las obligaciones cuyo valor es asumido por la Nación corresponderán exclusivamente a aquellas que se encuentran incorporadas como tales en el contrato de fiducia mercantil suscrito por la entidad en liquidación, en cumplimiento del artículo 35 del Decreto – Ley 254/00 modificado por el artículo 19 de la Ley 1105/06

(...)

Parágrafo. Los recursos para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación de conformidad con el presente artículo serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la entidad en liquidación, de conformidad con el artículo 35 del Decreto- Ley 254 de 2000 modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, para lo cual en el contrato de fiducia mercantil se incluirán las provisiones correspondientes. Los recursos de la nominalización pensional serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad que será la obligada frente a los beneficiarios para realizar los pagos correspondientes.”

De la lectura de la norma anterior se deduce que, la Nación asumió el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento liquidada y, allí mismo se estableció que los recursos para el pago de las obligaciones laborales en mención, serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la entidad en liquidación.

Lo anterior, sin lugar a dudas nos lleva a afirmar que la Nación, al asumir las obligaciones laborales de la E.S.E. extinta, dejó en cabeza del ente ministerial el deber de girar los recursos necesarios para cubrir tales emolumentos a la fiducia contratada, sin importar que la entidad extinta fuera adscrita al Ministerio de la Protección Social en su momento, por lo cual se concluye que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por una parte si se encuentra legitimado por pasiva para asumir la condena



aquí generada y, por otra parte, que por lo mismo no se vería vulnerado el principio constitucional de legalidad del gasto público.

Las consideraciones efectuadas previamente respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además tiene sustento en lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación número: 17001-23-31-000-2009-00149-01(2380-11), en la que resolvió que en virtud de lo previsto en el Decreto 4171 de 2009 dicho ente estaba legitimado para actuar y responder por las condenas derivadas respecto de la liquidación de una de las E.S.E. que se crearon con la escisión del Instituto de Seguros Social.

De otra parte, en vista de la solicitud realizada por la Fiduciaria La Previsora S.A. en la cual indica que no está legitimada para actuar en el presente caso, puesto que el 30 de septiembre de 2016 se suscribió el otrosí No. 12 al contrato de fiducia mercantil No. 114 de 2008, en el cual se dispuso que la "(...) *Fiduprevisora S.A. quedará exonerada expresamente del manejo, seguimiento y administración de los procesos vigentes que fueron entregados por el liquidador de la extinta Empresa Social del Estado y de los notificados con posterioridad al cierre del proceso liquidatorio que estaban a cargo del patrimonio autónomo de remanentes, en los cuales se adelantaba la defensa judicial de la Extinta Empresa Social del Estado, del Patrimonio Autónomo de Remanentes y/o de Fiduprevisora S.A., procesos que se entregarán a la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, para que continúe con la defensa judicial de los mismos manteniendo las demás obligaciones*" (fls. 362 a 373), el Juzgado exonera de responsabilidad a la Fiduprevisora S.A.

Por todo lo expuesto, en el presente caso el reconocimiento y pago de la condena será asumida por la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, en calidad de fideicomitente cesionario del PAP de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento Liquidada, con cargo a los recursos de la Fiducia Mercantil constituida para el efecto. No obstante, en virtud de lo previsto en el artículo 1º del Decreto 4171 de 2009, el Ministerio de Salud y Protección Social debe coordinar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que este último gire los recursos necesarios para cubrir el pago de esta sentencia, en caso de que los existentes en el PAP sean insuficientes o no deban sufragarse con los mismos.



**5. Costas:** El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y como quiera que los argumentos de la demandada fueron eminentemente jurídicos, no se condenará en costas.

**6.** Finalmente, a folio 389 del expediente reposa memorial de renuncia de poder presentado por el apoderado de la parte demandante, Dr. Luis Eduardo Cruz Moreno, acompañada de la comunicación al accionante en tal sentido, por lo cual el Despacho procederá a aceptarla pues cumple con lo previsto en el artículo 76 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce (14) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar la nulidad de los **oficios Nos. 2-2013-002079 de 24 d enero de 2013, proferido por el Ministerio de hacienda, 201311100068881 de 23 de enero de 2013, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social y 2013EE00008326 de 22 de enero de 2013 de la Fiduprevisora**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se **DECLARA** que el tiempo laborado por la demandante como tecnóloga en terapia respiratoria bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, desde el 1º de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2009, debe computar para efectos pensionales.

**TERCERO:** En concordancia con lo expuesto, se condena a la **NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, a reconocer y pagar a la señora Marcela Galindo Urquijo identificada con C.C. No. 52.427.607, los aportes al sistema de seguridad social en la suma que corresponda al empleador, para lo cual, la



accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2009) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, el cual se calculará con base en los honorarios pactados mes a mes y determinar si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo de pensiones, y la suma faltante, por concepto de aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador, deberá pagarse al fondo de pensiones indicado por la demandante al momento de solicitar el cumplimiento de la sentencia. Para efectos de lo anterior, la parte actora deberá acreditar ante la administración las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**CUARTO:** Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula indicada en la parte considerativa de esta sentencia.

**QUINTO:** Para el efecto del cumplimiento de esta sentencia el Ministerio de Salud y Protección Social debe coordinar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que este último gire los recursos necesarios para cubrir el pago de la condena impuesta, en caso de que los existentes en el PAP sean insuficientes o no deba sufragarse con los mismos.

**SEXTO:** La Nación- Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público darán cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

**SÉPTIMO: SE DECLARA configurada la excepción de prescripción extintiva,** en consecuencia **se niegan** las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos solicitados en la demanda.

**OCTAVO:** Sin costas en esta instancia.



**NOVENO:** Se acepta la renuncia al poder presentada por el apoderado de la parte demandante, Dr. Luis Eduardo Cruz Moreno, pues cumple con lo previsto en el artículo 76 del C.G.P.

**DÉCIMO: Exonerar de responsabilidad** a la Fiduciaria La Previsora S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**UNDÉCIMO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa del interesado, expídanse copias del presente fallo y de la segunda instancia, si es el caso, con su respectiva constancia de ejecutoria, en la forma establecida en el artículo 114 del C.G.P., y realícense las comunicaciones del caso. Cumplido lo anterior, procédase al archivo del proceso, previa devolución del remanente por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS  
Juez

YPSS