JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA

Bogotá D.C., 12 MAR. 2020

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN:	110013335021 **2015 00278** 00
DEMANDANTE:	GRACIELA ÁVILA ALDANA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – FIDUPREVISORA S.A.
ASUNTO:	CONTRATO REALIDAD

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia, en virtud del Acuerdo PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015[1] y el Acuerdo CSBTA15-413 del 21 de mayo de 2015[2] proferidos por la Sala Superior y Seccional Administrativa del Consejo de la Judicatura.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante:

- Graciela Ávila Aldana, identificada con cédula de ciudadanía No.33.395.286

[1] Visible en la página web de consulta pública: http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA15-10335.pdf

[2] Visible en la página web de consulta pública: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2302002/4782941/Acuerdo+No.+CSBTA15-413.pdf/8cc4cfd9-00ae-4b64-a16b-c71e8e442d8f

Demandada:

- Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.
- Fiduciaria La Previsora como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

OBJETO

Declaraciones y condenas

La parte actora solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

i) Oficio Nro. 2014EE00021746 del 29 de agosto de 2014, emitido por la FIDUPROVISORA S.A., mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de derechos laborales.

ii) Oficio No. 2014-1110-1233841 del 4 de septiembre de 2014, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, a través del cual se niega el reconocimiento y pago de los derechos laborales.

Así mismo pide a título de restablecimiento:

i) Reconocer el pago de las acreencias laborales causadas desde la fecha de su vinculación con la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, esto es, el día primero (1) de julio de 2003 hasta la terminación de la prestación del servicio, tres (3) de septiembre de 2007.

ii) Se declare solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales de la demandante al Ministerio de Salud y Protección Social, arguye el apoderado de la demandante que le asiste esta responsabilidad toda vez que la extinta E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento se encontraba adscrita a esta cartera ministerial y además tenía la calidad de Fideicomitente.

iii) Se declare que existió una relación laboral entre la demandante y la E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento liquidada, representada por la FIDUPREVISORA S.A.

iv) Se declare que la sociedad liquidada E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento, no canceló los derechos laborales.

v) Se declare que el último salario percibido por la señora Graciela Ávila Aldana como trabajadora de la extinta sociedad, fue la suma de $1.020.621.

Igualmente, solicita que se condene solidariamente a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de los siguientes derechos laborales: auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, primas de vacaciones, vacaciones, primas de navidad, bonificaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud, intereses moratorios generados por falta de pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

Así mismo, solicita se rembolse a la señora Graciela Ávila Aldana los pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente.

Que el pago sea actualizado conforme al artículo 187 del CPACA desde la fecha de la desvinculación hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso dentro del término previsto en el artículo 192 del mismo ordenamiento jurídico.

Finalmente, solicita condenar al pago (i) de cualquier otro derecho legal o extralegal y (ii) de una suma igual al último salario diario, por cada día de retardo desde la fecha que produjo su desvinculación, hasta la fecha en que se produzca su pago, como indemnización por el lucro cesante y daño emergente sufrido por la demandante.

Se condene en costas conforme a lo previsto en el artículo 188 del CPACA.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

FUNDAMENTOS FÁCTICOS:

La parte actora refiere los siguientes hechos:

a) La señora Graciela Ávila Aldana fue vinculada laboralmente a través de un contrato de prestación de servicios en la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, actualmente liquidada, cuyo vocero es el Patrimonio Autónomo de Remanentes Fiduciaria la Previsora S.A.

b) La demandante fue contratada para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, luego, ostentaba la calidad de empleado público.

c) La señora Graciela Ávila laboró para la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento desde el 01 de Julio de 2003 hasta el 03 de septiembre de 2007.

d) Laboró en la modalidad de contratos periódicos renovables sin solución de continuidad.

e) Desarrolló las actividades laborales en forma personal y directa en las instalaciones de la entidad, cumpliendo los mismos horarios asignados a los demás empleados y trabajadores de planta.

f) La demandante se encontraba subordinada atendiendo las órdenes permanentes, directas, verbales y escritas de los jefes inmediatos.

g) Percibió como último salario la suma de $1.020.621, valor que fue pagado en forma mensual.

h) La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación celebró contrato de Fiducia Mercantil No. 114 del 30 de diciembre de 2008, cuyo objeto consistió en la administración por parte de FIDUPREVISORA S.A. del patrimonio autónomo a integrarse con los activos que le transfiere la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO hoy liquidada, para efectuar los pagos con cargo a dichos recursos y administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidas por la liquidación de la mencionada empresa social.

i) Según el Decreto 1750 del 2003 la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento al momento de su liquidación se encontraba adscrita la Nación - Ministerio de la Protección Social, quien posteriormente figuró como fideicomitente cesionario de la liquidada Empresa Social del Estado mencionada, como figura en el acta final de liquidación suscrita el 6 de noviembre de 2009.

j) Mediante escrito radicado en la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social agotó vía gubernativa con fecha 19 de agosto de 2014.

k) La parte demandante por vía administrativa y en agotamiento de la vía gubernativa con fecha 19 de agosto de 2014 solicitó a la Fiduprevisora S.A., el

reconocimiento y pago de sus acreencias laborales de cada uno de los años laborados comprendidos desde el 01 de Julio de 2003 hasta el 03 de septiembre de 2007.

l) La parte demandada negó la solicitud de la señora Graciela Ávila Aldana.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Normas de rango constitucional

.- Constitución Política: artículos 13, 25, 53, y 58.

Normas de rango legal:

-. Ley 1437 de 2011
-. Ley 734 de 2002, artículos 25, 27 y 48.
-. Ley 80 de 1993, numeral 3 del artículo 32.
-. Ley 790 de 2002, artículo 17.
-. Decreto 1042 de 1978.
-. Decreto 1045 de 1978.
-. Decreto 1750 de 2003.
-. Decreto 4171 de 2009.
-. Ley 909 de 2004.

Concepto de violación:

1. Infracción a la Constitución Política

Expone que la entidad demandada vulnera sus derechos fundamentales de igualdad, trabajo y estabilidad laboral, puesto que ocultó la existencia de una relación laboral bajo la figura del contrato de prestación de servicios, cuando la realidad fue la existencia de una relación laboral, esto con la finalidad de no realizar el pago de prestaciones sociales.

Asegura que existe vulneración a la igualdad en la medida que la E.S.E se benefició del trabajo personal de la demandante sin cancelar los derechos laborales y garantías contempladas en igualdad de condiciones como a los empleados de dicha entidad.

Considera que se encuentran reunidos los tres elementos que estructuran el contrato de trabajo, al respecto, el apoderado de la demandante hace mención a la sentencia C-154 de 1997 para señalar que en los casos que se acredite la existencia una relación laboral entre el empleador y el trabajador que pueda desvirtuar el contenido del artículo 32 de la ley 80 de 1993 surge el derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante.

2. Violación de la ley por infracción de la norma en que debía fundarse el acto administrativo expedido

Refiere que el contrato de prestación de servicios es celebrado con personas naturales con el propósito de cumplir funciones que no pueden ser desempeñadas por funcionarios de planta, no generando relación laboral. Sin embargo, el factor determinante para diferenciar si hay un contrato de prestación de servicios o un contrato labor es la presencia de subordinación o dependencia y, en el asunto que se estudia, la actora cumplió labores encomendadas y desarrolló instrucciones impartidas por sus superiores bajo continuada dependencia. En este punto, hacer alusión al desvío del poder.

3. Falsa motivación.

Señala que los actos administrativos deben ser motivados atendiendo a la realidad fáctica y legal que regule el caso, encontrando la ilegalidad del acto en razón al desconocimiento de los derechos laborales.

1.1.2. OPOSICIÓN

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (ff. 126 a 139)

Se opone tanto a los hechos de nulidad de la demanda como a las pretensiones, debido a que carece de competencia para pronunciarse sobre actos y hechos ajenos. Sobre el particular afirma que las empresas sociales del estado no se encontraban bajo la subordinación del Ministerio dado el carácter especial que gozaban en virtud del Decreto 1750 de 2003. Añade que contaba con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Arguye que no hay una ley que respalde la pretendida sucesión procesal, pues la mera adscripción de una entidad no impone en cabeza de quien deba ejercer el

control tutelar, la obligación de suceder procesalmente en caso de desaparición de la entidad adscrita.

La jurisprudencia y la ley limitan la operancia de la sucesión procesal a casos en los cuales la entidad que desaparece estando en curso un proceso judicial en su contra es reemplazada por otra entidad en virtud de norma expresa.

El Ministerio de Salud y Protección social como organismo oficial de carácter nacional no puede reconocer ni comprometer el patrimonio de la ESE en liquidación, ni ordenar por ella pagos.

Por ende, no es posible jurídicamente que un organismo de orden nacional, como lo es el Ministerio demandado, reconozca o comprometa el patrimonio de la ESE en liquidación ordenando pagos ordenando pagos o tomando determinaciones de carácter administrativo asignadas en las entidades descentralizadas.

El Ministerio de Salud y Protección Social propuso como excepciones previas:

1.Prescripción

Como ha reiterado la jurisprudencia en varias ocasiones para reclamar los derechos laborales de un contrato realidad, primero debe haberse emitido sentencia que resuelva sobre la existencia de la relación laboral, aun así el interesado debe pedir su reconocimiento en un término que no supere los 3 años.

2. Falta de legitimidad en la causa por pasiva

No puede decirse que existe un nexo causal entre las situaciones de hecho en que se fundan las pretensiones y el Ministerio de Salud y Protección social pues la materia objeto de discusión es particularmente contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Adicionalmente, formuló como excepciones de fondo las siguientes:

1. Inexistencia del acto administrativo

Expresa la parte pasiva que el medio de control instaurado por la demandante es improcedente debido a que no existe un acto administrativo que pueda declararse nulo, la respuesta que dio la entidad al derecho de petición incoado por la actora se limitó a indicar que no podía reconocer los derechos laborales solicitados en la medida que no hace parte de sus funciones, es decir, no contiene la manifestación de la voluntad de la administración o define una situación jurídica particular.

2. Inexistencia de la obligación

El Ministerio de Salud y Protección Social no es responsable de las actuaciones administrativas de las empresas sociales del estado, puesto que estas son entidades descentralizadas, con personería jurídica propia, patrimonio autónomo y autonomía administrativo y/o financiera en armonía con el artículo 194 de la ley 100 de 1993 y artículo 68 de la ley 489 de 1998.

Por lo anterior los actos administrativos fueron o debieron ser expedidos en el ejercicio de sus funciones por el liquidador E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento de acuerdo a las pretensiones de la actora, actuaciones y decisiones dentro de las cuales no tuvo participación la cartera ministerial.

3. Inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para pagar prestaciones sociales

Si dentro del transcurso del proceso se llegare a probar una responsabilidad que derive en el reconocimiento de un derecho, la misma no puede declararse contra la entidad.

4. Cobro de lo no debido

En este orden de ideas al considerar el Ministerio aquí demandado, que no está legitimado en la causa por pasiva porque la obligación es particularmente de la extinta entidad, significa entonces que el Ministerio no tiene el deber jurídico de cancelar lo que el actor reclama.

5.Inexistencia de la solidaridad entre las dos demandadas

No puede presumirse la solidaridad entre la liquidada E.S.E., Luis Carlos Galán Sarmiento y el Ministerio de Salud y Protección Social o una sucesión o sustitución procesal ya que no existe norma que así lo consagre.

FIDUPREVISORA (ff. 152 a 169)

La apoderada de la entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que el acto administrativo que decidió de fondo las pretensiones es la Resolución RCA de 2008, por medio del cual FIDUAGRARIA en calidad de liquidadora especial, procedió a la terminación del contrato de prestación de servicios. Propone como excepciones previas las siguientes:

1. Inepta demanda y caducidad de la acción

Manifiesta la parte demandada que en el oficio No. 2014EE00021746 del 29 de agosto de 2014 se limita a determinar la falta de competencia sobre las peticiones realizadas, mas no es un acto que cree, extingue o modifique un derecho.

Para que proceda el control judicial de un acto administrativo debe ser un acto definitivo que decida de fondo las pretensiones y el mencionado acto es la RCA de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y no el oficio señalado anteriormente.

Así pues, si la actora estaba en desacuerdo por la negativa a su solicitud debió incoar la acción en el término legal, en la medida en que este fue el acto definitivo que resolvió la situación que hoy se debate.

En consecuencia, elevar una petición en el mismo sentido, configura una solicitud de revocatoria que no tiene la finalidad de interrumpir el término de caducidad y tampoco revivir los términos para acudir a la vía jurisdiccional. De manera que cuando la actora presentó el derecho de petición resuelto por la Fiduprevisora a través del oficio 2014EE00021746, esto es más de 5 años después de la resolución mencionada con anterioridad. La demandante no interpuso los recursos en la vía gubernativa y no realizó ninguna actuación procedente. Ahora pues lo que intenta es revivir términos vencidos.

Señala que al verificar la fecha en que prestó servicios la señora Graciela Ávila Aldana, la fecha de liquidación de la empresa social del estado y la fecha en instaurar el derecho de petición, se constata la caducidad de la acción.

Por otro lado, el apoderado de Fiduprevisora S.A. propuso como excepciones de mérito las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

Precisa que Fiduprevisora S.A., no es ni ha sido liquidador de la extinta Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y su relación con dicha empresa se limita a haber servido como fiduciario, para ello trae a colación lo estipulado en las cláusulas del contrato de fiducia mercantil:

> "**CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO.** -*El objeto del presente contrato es la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes, denominado "PAP - ESE LUIS C. GALAN EN LIQ. PAR, al cual se transfieren los recursos y procesos remanentes al concluir el proceso liquidatorio, en los términos del presente contrato y sus anexos. "*
>
> "***CLAUSULA DECIMO SEPTIMA: ... (...) "PARÁGRAFO PRIMERO:*** *La FIDUCIARIA no tiene la calidad de cesionaria o subrogatoria de las obligaciones del Fideicomitente, y simplemente actúa en calidad de administradora de los recursos y activos fideicomitidos.*
>
> "PARAGRAFO SEGUNDO: *La FIDUCIARIA no será responsable ante el FIDEICOMITENTE ni ante los beneficiarios o terceros por mora o imposibilidad de efectuar los pagos ordenados, ocasionada por carencia de recursos financieros disponibles en el fideicomiso. Igualmente se deja expresamente consignado que la FIDUCIARIA no está obligada a asumir con recursos propios ninguna erogación derivada del presente contrato"**(...)...** (Subrayado fuera del texto)*
>
> "PARAGRAFO TERCERO: *El FIDEICOMITENTE exonera de toda responsabilidad futura a la FIDUCIARIA y al PAP - ESE LUIS C. GALAN EN LIQ. PAR como consecuencia de las órdenes de pago que se puedan generar de sentencias judiciales de naturaleza diferente a la laboral, para las cuales no se hayan constituido reservas para su pago, y las cuales no cuentan con la Garantía de la Nación, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4171 de 2009. (...)*
>
> "PARAGRAFO QUINTO: *Ni EL PAR ni la FIDUCIARIA asumen la calidad de vinculadas o parte en los PROCESOS JUDICIALES, puesto que respecto de los mismos la FIDUCIARIA únicamente se obliga a hacer el seguimiento de los apoderados que ejercen la defensa judicial y a efectuar los pagos originados en los GASTOS JUDICIALES, la DEFENSA JUDICIAL y las sentencias en firme que se profieran*

contra el FIDEICOMITENTE en dichos procesos. Tampoco se entenderá que respecto de la FIDUCIARIA opera la sustitución patronal ni la cesión de obligaciones laborales a cargo del FIDEICOMITENTE." (Subrayado fuera del texto)

"PARAGRAFO SEGUNDO: *La FIDUCIARIA no será responsable ante el FIDEICOMITENTE ni ante los beneficiarios o terceros por mora o imposibilidad de efectuar los pagos ordenados, ocasionada por carencia de recursos financieros disponibles en el fideicomiso. Igualmente se deja expresamente consignado que la FIDUCIARIA no está obligada a asumir con recursos propios ninguna erogación derivada del presente contrato (Subrayado fuera del texto)*

*"**CLAUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA":** RESPONSABILIDAD: Queda entendido que la responsabilidad de la FIDUCIARIA se limita a adelantar todas las gestiones tendientes al cumplimiento de la finalidad respecto de los recursos líquidos y activos transferidos al PAR. En ningún caso, la FIDUCIARIA tendrá responsabilidad alguna por las gestiones profesionales que realicen los Abogados Externos contratados por EL FIDEICOMITENTE, ni tampoco responde por los resultados que se produzcan en los mismos, ni por la ausencia de recursos fideicomitidos para la atención de las obligaciones que se produzcan como consecuencia de las condenas judiciales, pago de gastos judiciales y de honorarios de abogados contratados, derivada de un error de cálculo en el monto de las reservas constituidas, o de cualquier otra causa.*

*"**CLAUSULA DÉCIMA PRIMERA:** Para los efectos de este contrato, la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION, ejercerá los derechos que la Ley concede a los fideicomitentes. Extinguida legalmente la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION, la calidad de FIDEICOMITENTE será asumida por el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL; para el efecto, la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION presentará a la FIDUCIARIA el documento en el cual cede su position contractual, con fundamento en la presente clausula. "*

En virtud de las clausulas pactadas afirma que no asumió -mediante el contrato de fiducia mercantil No. 114 (310410) de 2008- la titularidad de los derechos y obligaciones a cargo de la extinta Empresa del Estado, ni se constituyó como cesionario, sustituto o subrogatorio en el ejercicio de las mismas, motivo por el cual, la Fiduprevisora S.A. no es la llamada a atender las pretensiones de la parte demandante. Reitera que el patrimonio autónomo se limita a la administración de recursos y activos a fin de realizar los pagos a que haya lugar.

2. Inexistencia del contrato laboral

Sostiene que la señora Graciela Ávila Aldana, fue vinculada a la entidad por un contrato de prestación de servicios y no por un contrato de trabajo.

Conforme al Decreto 1750 de 2003, afirma que la señora Graciela desarrolló funciones de enfermera y en caso de acreditarse alguna relación laboral esta seria de naturaleza legal propia de los empleados públicos.

Refiere que es carga del demandante probar que se cumplen con cada uno de los elementos propios de un empleado público, los cuales se deducen de los postulados contenidos en los artículos 122 y 125 de la Constitución Nacional y la ley 909 de 2004, sin embargo, la demandante no cumple con los mismos.

3. Cobro de lo no debido.

Como ya se mencionó los contratos celebrados entre la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento y la señora Graciela Ávila Aldana fueron liquidados de común acuerdo por tal razón no quedaron no quedaron situaciones pendientes por resolver, como lo autoriza el artículo 60 y s.s. de la ley 80 de 1993, en cuanto a que las partes se encuentran a paz y salvo, así las cosas, no procede reclamación alguna.

4. Inexistencia de las obligaciones

La entidad demandada reitera que fue un contrato de prestación de servicios civiles, por consiguiente, no está obligada a pagar los derechos laborales que se la actora está reclamando, siendo dicha decisión confirmada por la Resolución RCS de 2008 *mediante la cual se negaron las acreencias laborales*.

5. Prescripción

Arguye que el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre de 2007, por lo que la demanda debió presentarse dentro del término de 3 años, es decir antes del 30 de mayo de 2010 y según radicado de la demanda, está fue presentada en el año 2014, fecha a la cual ya se encontraba prescrito cualquier derecho alegado.

6. Buena fe

Debido a que fue un contrato de prestación de servicios no se le impuso horarios, ni se le limito la autonomía en la forma en que debía cumplir con sus obligaciones, tal vínculo contractual no era de carácter laboral por lo que había lugar a liquidar y pagar los derechos que de tal relación se deriva.

Adicional menciona que en caso de una condena en su contra solicita compensar las sumas pagadas a la demandante derivadas de los contratos celebrados y de todas aquellas recibidas por cualquier motivo como consecuencia de su relación con los demandados.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Con el objeto de estudiar la legalidad de los actos demandados, corresponde al Despacho determinar si con sujeción al principio de primacía de realidad sobre las formalidades, de los contratos de prestación de servicios suscritos entre Graciela Ávila Aldana y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, se pueden establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

Tesis de la parte demandante: Sostiene que la entidad demandada ocultó una relación de naturaleza laboral bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, y, por ende, en observancia al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se debe declarar la existencia de un contrato realidad puesto que prestó de manera personal el servicio, cumplió un horario y recibió órdenes del superior.

Tesis de la parte demandada:

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL sostiene que no tiene conocimiento de los hechos alegados por la demandante debido a que el Ministerio no participó de la relación que mantuvo la señora Graciela Ávila Aldana con la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, razón por la cual no se puede atribuir responsabilidad a la entidad.

FIDUPROVISORA manifiesta que entre la parte demandante y la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se celebraron contratos de prestación de servicios, actos contractuales que cumplen con las características establecidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que constituyen contratos válidos celebrados conforme la legislación vigente.

Tesis del Despacho: El Despacho sostendrá que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades hay lugar a declarar que existió una

relación laboral entre la señora Graciela Ávila Aldana y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en virtud del ánimo de contratar de modo permanente los servicios de la demandante como auxiliar de enfermería, impartiendo órdenes para el desarrollo de funciones propias del rol misional de la entidad.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.3.1. PARTE DEMANDANTE (folios 320 a 323)

Indica que conforme al material probatorio obrante el proceso, se constata que entre la demandante y el hospital se firmaron distintos contratos de prestación de servicios sin que existiera un solo día de interrupción en la suscripción de cada uno de ellos, dicha continuidad desdibuja la naturaleza temporal del contrato suscrito y entrevé que se trata de un contrato laboral, en virtud de la configuración de los elementos de una relación laboral.

De los contratos mencionados se establece que efectivamente la demandante se desempeñaba en un cargo establecido dentro de la entidad para los empleados de planta, es decir, para los empleados públicos. Se trata además de una labor que hace parte del giro ordinario de la entidad y del objeto social de la misma, lo cual desnaturaliza el contrato de prestación de servicios.

Indica que todos los elementos probatorios confluyen en una realidad inocultable y conocida en nuestro país como es la utilización indebida de los contratos de prestación de servicios para ocultar verdaderas relaciones subordinadas en igualdad con empleados de planta de las entidades estatales, lo que debe conllevar a la realización de los principios de estado social de derecho a través de la administración de justicia mediante la definición judicial que se encuentre ajustada a derecho en la medida que busque la vigencia de un orden justo y la protección de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta como sucede con la demandante en relación con la administración.

1.3.2. PARTE DEMANDADA

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (folios 317 a 319)

Se ratifica en todos los fundamentos planteados en la contestación de la demanda, sin embargo, enfatiza en la demora de la demandante para pretender el pago de

unas prestaciones legales, como quiera que lo hace después de seis años de haberse extinguido la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Reitera que la demandante presentó ante el liquidador de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento una reclamación que fue resuelta mediante la Resolución RCA No. 227 del 04 de julio de 2008, pero en este asunto enjuicia los actos en virtud de una nueva solicitud presentada en el año 2014, no siendo dable que la demandante pretenda reclamar indefinidamente los supuestos derechos y revivir términos con la presentación de nuevos requerimientos a entidades que no son subrogatorias ni cesionarias de las obligaciones de la entidad extinta.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 57 de 1987 en el que la norma especial prevalece sobre la general, mal podría interpretarse que una persona que se hizo parte dentro del proceso especial liquidatorio, hoy pretenda reclamar mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, supuestos derechos derivados del vínculo civil que tuvo con una entidad ya liquidada y peor aún, que pretenda que una entidad que no tuvo vínculo alguno con ella los reconozca y pague.

En cuanto a la prestación del servicio de la demandante, afirma que conforme al recaudo probatorio se logró establecer que la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento requirió contratar personas para reforzar la atención en urgencias que, por el alto volumen de trabajo, esta actividad no podía realizarse solo con personal de planta, desvirtuando así cualquier posibilidad de declarar probados los elementos de una relación laboral. Sobre el particular indica que quien pretenda la declaratoria de una relación laboral debe desvirtuar de forma incontrovertible la presunción *iuris tantum* que recae sobre los contratos de prestación de servicios, los cuales no generan relaciones laborales ni reconocimiento de prestaciones sociales.

FIDUPREVISORA S.A.

La entidad guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

El Ministerio de Salud y Protección Social propuso como excepciones de mérito "la inexistencia del acto administrativo", "inexistencia de la facultad y consecuente deber

jurídico del Ministerio para pagar prestaciones sociales e "inexistencia de la solidaridad entre las dos demandadas"

Por su parte la Fiduprevisora S.A. propuso la "inexistencia del contrato laboral", "inexistencia de las obligaciones" y "buena fe".

Igualmente, de manera común, las entidades propusieron "falta de legitimación en la causa por pasiva", "prescripción", "inexistencia de la obligación" y "cobro de lo no debido"

Sin embargo, habrá de decirse que, de la lectura de las mismas, se evidencia que realmente no constituyen una excepción, pues en la forma como han sido propuestas, ellas no pretenden enervar la acción, sino que se trata de verdaderos argumentos de la defensa, en tanto se dirigen a desvirtuar los hechos de la demanda, razón por la que se examinará simultáneamente con el fondo del asunto.

No todas las argumentaciones en que el demandado soporte su rechazo a los pedimentos formulados por la parte demandante pueden calificarse, sin más, como excepciones. Únicamente tienen el carácter de tales las que apunten a combatir el derecho aducido, bien para invocar que nunca ha existido o para señalar que no es exigible.

Ahora bien, respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva y la prescripción, debe decirse que serán estudiadas con el fondo del asunto como quiera que son objeto del tema que se encuentra en discusión debido a que, previamente, se debe determinar si existió o no un contrato de trabajo y en caso de que se acredite la existencia de una relación laboral se procederá al cumplimiento de las obligaciones que debía realizar el empleador y a cancelar los derechos a los que haya lugar, en pocas palabras, son consecuencias que se valen de un contrato laboral.

Sobre las "excepciones de mérito" que en realidad encubren argumentos que atacan la pretensión, no la acción, el Honorable Consejo de Estado manifestó:

> *"En el derecho colombiano las excepciones se clasifican en previas y de mérito o de fondo. Las previas reciben ese nombre porque se proponen cuando se conforma la litis contestatio. Se refieren generalmente a defectos del procedimiento, como la falta de jurisdicción o de competencia y se permite alegar como previas algunas perentorias, como la cosa juzgada. Las excepciones perentorias o de fondo van dirigidas a la parte sustancial del litigio, buscan anular o destruir las pretensiones de*

la demandante, con el propósito de desconocer el nacimiento de su derecho o de la relación jurídica o su extinción o su modificación parcial.'[3] *(Subrayado fuera del texto original).*

"En lo tocante a las dos excepciones propuestas por la parte demandada, la Sala considera que no son propiamente tales, porque si bien la excepción en Derecho Procesal es un medio de defensa, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede englobar toda la defensa, como acontece en este caso. Las dos son nociones inconfundibles en dicho derecho. En efecto, mientras la defensa consiste en negar el derecho invocado por la demandante, la excepción de fondo, en estricto sentido, está constituida por todo medio de defensa del demandado que no consista simplemente en la negación de los hechos o del derecho aducido en la demanda sino en la invocación de otro u otros hechos impeditivos, modificativos o extintivos, que una vez acreditados como lo exige la ley, aniquilen o enerven las pretensiones del libelo demandatorio. Por ello la Corte ha considerado que la excepción "representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible generalmente de ser reclamado, a su vez, como acción"[4]

(Subrayado fuera del texto original).

2.2. PREMISAS QUE SIRVEN DE APOYO A LA TESIS DEL DESPACHO

2.2.1. Primacía de la realidad sobre las formas

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla[5].

---

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00046-01(34239). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-INCO. Demandado: CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.-COVIANDES. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

[4]CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL RIZA MUÑOZ. Santa Fe, de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de Agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: AC-1675. Actor: AURA NANCY PEDRAZA PIRAGAUTA. Demandado: VIVIANE MORALES HOYOS.

[5] Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara en cita de Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Sentencia de fecha 31 de mayo de 2018. Radicado 25000-23-25-000-2008-00646-01(0016-12). C.P.: César Palomino Cortés-

En lo relativo a relaciones laborales encubiertas con vínculos de otra naturaleza, el Consejo de Estado[6], ha sostenido que la acreditación de los tres elementos: Prestación personal del servicio, salario y subordinación, da lugar a la declaración de la relación laboral y otorga el derecho a la protección al trabajo, que se concreta en el pago de las garantías de carácter prestacional a título de indemnización o reparación del daño.

2.2.2. Contrato realidad en materia de servicios de salud

El Consejo de Estado, de antaño, ha sostenido que es válido suscribir contratos de prestación de servicios en los asuntos de salud en tanto se ajusten al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ello es cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para los efectos se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que surge 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. No obstante, la especialidad de que se revisten los servicios de salud 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 en virtud de la existencia de un contrato realidad que nace de la extralimitación del contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios[7], caso en los cuales, la demandante deberá asumir la carga probatoria con el fin de desvirtuar la naturaleza del contrato celebrado[8].

2.2.3. Parámetros para desvirtuar el contrato de prestación de servicio

Dado que en algunos contratos la coordinación y vigilancia propias de la relación puede confundirse con el elemento de subordinación propio de la relación laboral, el Consejo de Estado expuso que hay otras características que los diferencian[9]:

> *"Los contratos de prestación de servicios, en el ordenamiento colombiano se encuentran regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,[10] en concordancia*

---

[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. sentencia de fecha 10 de julio de 2009, radicado 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08)C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

[7] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 01 de marzo de 2012. Radicado 25000-23-25-000-2008-00344-01 (0681-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[8] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección "E". Sentencia de fecha 31 de enero de 2019, radicado 11001-33-31-712-2011-00114-02. Magistrado Sustanciador: Jaime Alberto Galeano Garzón.

9 Consejo de Estado, Sección Segunda. sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación 68001-23-15-000-1998-01445-01 (02990-05), C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

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

con la Ley 1150 de 2007, y se configura cuando: i) Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados[11]; ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; ; iii) se acuerde un valor por honorarios prestados. Por la misma naturaleza del contrato, esto tiene vigencia temporal o transitoria y la autonomía e independencia[12] del contratista desde el punto de vista técnico y científico,[13] constituyen elementos esenciales del contrato de prestación de servicios.[14] Y están previstos para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad.

No obstante, lo anterior, los denominados contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados cuando: 1) Se demuestran los elementos constitutivos de la relación laboral, a saber: a) Subordinación[15] o dependencia respecto del

---

(...)
3. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados. **En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".** (Negrillas fuera de texto original).

[11] Sentencia C-614/09

[12] La Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios:
"...Como bien es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere de 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 ordenes 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 con trato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esa 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 horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente**" (énfasis de la Sala)

[13] Significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor según las estipulaciones acordadas. Corte Constitucional. Sentencia C-154-97

[14]La vigencia del contrato de prestación de servicios es, por su naturaleza, temporal y sólo podrá celebrarse por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto convenido. Y, en caso contrario, como lo ha dicho la Corte "será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[3]". C-739-02.
Sentencia C-154-97

[15] "Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, **el poder de dirección en la actividad laboral y** la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia". Sentencia C-934/04

empleador; b) Prestación personal y; c) Remuneración por trabajo cumplido[16]*.*
2) cuando se contrata para desarrollar funciones de carácter permanente de la entidad."[17]

En consecuencia, es obligación del Juez esclarecer la relación laboral analizando si las funciones contratadas son permanentes o inherentes a la entidad, si eran desempeñadas por empleados de planta o si se ejercía función administrativa, cuando no sea posible establecer la diferenciación entre la coordinación y subordinación por la naturaleza propia de las actividades encargadas.

(i)La permanencia de las funciones. Es decir que la labor sea inherente a la entidad y perdure en el tiempo de manera estable. Se precisa que la permanencia se analiza frente a las funciones, no a la duración de la vinculación de la persona. Se ha dado el caso que algunas entidades contratan la prestación de una labor permanente e inherente y suscribe contratos de prestación de servicios por lapsos muy cortos para evadir este requisito. Y sin embargo, continúa supliendo esta función con nuevas o sucesivas contrataciones.

(ii) Parámetro de comparación con los demás empleados de planta. Otro aspecto que indica el encubrimiento de una relación laboral es la equivalencia o similitud entre las actividades desarrolladas por el contratista y aquellas descritas en los manuales de funciones de los cargos de planta, se encuentren o no ocupados.

(iii) Desempeño de deberes de servidores públicos. En la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la "subordinación" frente a un superior o jefe inmediato como ocurre en la relación laboral privada. Aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, para proferir sus decisiones o actos; de manera que cuando el contratista profiere decisiones, actos o desarrolla funciones que consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones

[16] El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo, en los siguientes términos: "...Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal u otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración".
[17] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.

previstas para los servidores públicos, este tipo de decisiones es otro indicativo del encubrimiento de una relación laboral[18].

2.2.4. Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad

La finalidad de la prescripción es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez que favorece al trabajador por ser la parte más necesitada en la relación laboral[19].

A efectos de establecer la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el término para pretender el reconocimiento de las prestaciones en virtud de una verdadera relación laboral, en sentencia de Unificación del Consejo de Estado[20], se dispuso lo siguiente:

> *"En lo concerniente al término prescriptivo (...) 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, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.*
>
> *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*

---

18 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

20 Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016

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."

No obstante, lo anterior, no hay lugar a la aplicación del fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad[21].

2.3. CASO CONCRETO

La demandante pretende la nulidad del oficio No. 2014EE00021746 de fecha 29 de agosto de 2014 proferido por la FIDUPREVISOPRA S.A.[22] como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y el oficio No. 2014-1110-1233841 de fecha 04 de septiembre de 2014 expedido por la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social[23], por medio de los cuales se negó la solicitud de acreencias laborales como consecuencia de la vinculación laboral. Dadas las pretensiones de la demanda, se procede a estudiar los elementos que constituyen la existencia de una relación laboral:

Prestación personal del servicio.

De los documentos aportados al expediente se encuentra probado que la señora Graciela Ávila Aldana suscribió con la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento los contratos que a continuación se relacionan, entre el 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007:

No. CONTRATO	PLAZO DE EJECUCIÓN		FOLIO 107-A[24]
	DESDE	HASTA	
No. 14457 -03	01 de julio de 2003	30 noviembre de 2003	Pág. 2/ f.78
Adición contrato 14457 - 03	01 de diciembre de 2003	15 de febrero de 2004	Pág. 2
No. 5787 - 04	01 de mayo de 2004	30 junio de 2004	Pág. 14; 27. / ff. 53;60
No. 11148 - 04	01 de noviembre de 2004	15 enero de 2005	ff. 59 a 61/pág. 19-21
Adición contrato 11148-04	16 de enero de 2005	30 de mayo de 2005	f.52
No. 9886 - 06	01 febrero de 2006	30 de abril de 2006	Pág. 12

[21] Ibídem.
[22] Visible a folio 45 del expediente.
[23] Visible a folios 47 y 48 del expediente.
[24] Documento denominado "anexos 2015-278 Graciela Ávila Aldana.PDF" aportado en medio magnético.

Adición contrato 9886 - 06	01 de mayo de 2006	30 de mayo de 2006	f. 68
No. 12631-06	01 de junio de 2006	30 agosto de 2006	ff. 54-55/ Pág. 15;25-26
Adición contrato 12631 - 06	01 de septiembre de 2006	10 de octubre de 2006	Pág. 79/ f.67
No. 16189-06	11 octubre de 2006	30 de noviembre de 2006	Pág. 22 a 24
No. 17700-06	01 de diciembre de 2006	04 enero de 2007	Pág. 16-18;
No. 02771-07	05 de julio de 2007	30 de septiembre de 2007	Págs. 10 a 11 / ff.69 a 71

De las copias de los contratos de prestación de servicios y sus actas de adición expedidos por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, se establece que la demandante suscribió y ejecutó los contratos de prestación de servicios desde 01 de julio 2003 hasta el 30 de septiembre 2007, contratos que tuvieron por objeto la prestación personal y directa de los servicios de salud como **auxiliar de enfermería** para desarrollar actividades precisadas en cláusulas de objeto y obligaciones plasmadas en los documentos. La contratista ciertamente ejecutó actividades y cumplió con las obligaciones pactadas, ello se constata con el testimonio de la señora Elsa Rosa Sierra[25]:

> *"(...)* ***PREGUNTA.*** *¿Qué labores cumplía ella?* ***RESPONDE.*** *Ella cumplía con labores como auxiliar de enfermería.* ***PREGUNTA.*** *¿Cómo estaba vinculada con la empresa social del estado Luis Carlos Galán Sarmiento, cómo cumplía estas funciones?* ***RESPONDE.*** *Por contrato, teníamos contrato y lo reanudábamos cada tres meses, después cada seis o cada año. (...)* ***PREGUNTA.*** *¿En qué condiciones cumplían ustedes esta función, cómo eran los horarios?* ***RESPONDE.*** *Los horarios, el de ella era de la noche (...). Yo estaba en la tarde (...) y después me pase a la noche. (...)* ***PREGUNTA.*** *¿Cómo era el horario de ella?* ***RESPONDE.*** *De siete a siete de la noche cada tercer día.* ***PREGUNTA.*** *¿Qué funciones cumplía la señora GRACIELA ÁVILA, qué le tocaba hacer?* ***RESPONDE.*** *Auxiliar de enfermería, nosotros teníamos el contacto directo con el paciente, cumplir el horario, unas veces nos tocaba medicamentos otras veces no, curaciones, toma de laboratorios (...), colaborar a veces cuando no había camillero, llevar pacientes a rayos X, tomar los signos en cada turno (...)."*

En sentido similar, declara la señora María Quemba Pirachican[26] al advertir lo siguiente:

> *"(...)* ***PREGUNTA.*** *Indíquele al despacho si la demandante podía ausentarse libre y espontáneamente de la ESE.* ***RESPONDE.*** *No, en ningún momento, si de pronto se necesitaba, por decir, una hora de permiso, tocaba pasarla por escrito.* ***PREGUNTA.*** *Infórmele al despacho si la demandante realizaba por sí misma las labores u otra*

[25] Audiencia de pruebas de fecha 26 de octubre de 2018. CD obrante a folio 316.
[26] *Ibídem.*

persona prestaba sus servicios. ***RESPONDE.*** *No, por sí misma. Siempre nos asignaban a cada una nos asignaban cantidad de pacientes y uno debía responder por todo (...).*"

Conforme a lo expuesto, es dable colegir que los contratos de prestación de servicios se realizaron *in tuito personae*, dado a las características y condiciones del objeto contractual.

Remuneración.

Se acreditó que la demandante y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento pactaron -en los contratos suscritos- el pago de una contraprestación económica por los servicios prestados, los cuales serían cancelados de manera mensual una vez acreditados los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, como se puede observar, por ejemplo, en el contrato No. 12631 de 2006:

"(...) TERCERA- VALOR- El valor total del presente contrato se estipula en hasta por la suma de TRES MILLONES SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (3.061.863), por concepto de honorarios. CUARTA: FORMA DE PAGO.- Cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, la EMPRESA pagara al contratista el valor de UN MILLÓN VEINTE MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (1.020.621) mes vencido a través de transferencia bancaria a cuenta de ahorros a nombre del CONTRATISTA dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expedición de la certificación del SUPERVISOR y/o INTERVENTOR DEL CONTRATO (...)". [27]

En efecto, obra en el expediente comprobantes de pago de los meses de abril a septiembre del año 2005 por concepto de honorarios derivados de los contratos de prestación de servicios personales prestados por la señora Graciela Ávila Aldana[28], y comprobante de pago de los días 16 a 29 de febrero del año 2004[29], lo cual, a pesar de no obrar contrato suscrito por este término, da cuenta que se prestó el servicio a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento.

Cabe advertir que el pago de los honorarios tal y como fueron pactanos no son controvertidos, es decir, no son objeto de litigio, por lo que no es dable desconocer que la actora recibió por sus servicios el pago de honorarios.

[27] Folio 54 del expediente.
[28] Folios 49 y 50
[29] Folio 77

Subordinación.

En principio, entre la demandante y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, existió una relación contractual bajo un contrato de prestación de servicios, sin embargo, teniendo en cuenta la sana crítica de la valoración de las pruebas (los contratos y los testimonios), aparecen elementos que permiten establecer que la señora Graciela Ávila no tenía autonomía para realizar las labores encomendadas, toda vez que para el desarrollo de las actividades contratadas como auxiliar de enfermería la demandante carecía, en primer lugar, de la potestad para cumplir con el objeto contractual según su criterio y en segundo lugar, de la independencia para determinar, planificar, organizar, definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar para desarrollar el objeto de contrato.

Por el contrario, debía seguir (i) instrucciones para cumplir con sus labores, encontrándose subordinada por una jefe de enfermería, como son las señoras Silvia Barreto, Miriam Chiquiva, Ruth Espinosa, identificadas en los tres testimonios recepcionados y (ii) cumplir el horario determinado por la contratante para el desarrollo de sus actividades, sujeta a la solicitud de permisos y el deber pagar el tiempo de ausencia del lugar de ejecución del contrato. En este sentido, la señora Luisa Morales Porra, en el testimonio rendido en audiencia de pruebas, manifestó[30]:

> *"(...)* ***PREGUNTA.*** *Qué labores cumplía la señora Graciela Ávila.* ***RESPONDE.*** *Ella cumplía un horario entraba a las 7 de la noche y salía 7:30 a.m. porque el turno era hasta las 7 pero la media hora de entrega de turno (...).* ***PREGUNTA.*** *Alguien vigilaba que ustedes cumplieran el horario. Dónde estaba establecido ese horario* ***RESPONDE.*** *Nosotros teníamos una lista que la sacaban mensual del departamento de enfermería, por ejemplo, las personas que estaban en la noche en ese piso ahí estaba el nombre de las personas con su respectiva jefe y había una coordinadora que pasaba con un libro a mirar que estuviera el personal completo (...)* ***PREGUNTA.*** *Manifiéstele al despacho quienes eran estas personas y qué cargos o qué funciones tenían dentro de la institución: Silvia Barreto, Miriam Chiquiva, Ruth Espinosa.* ***RESPONDE.*** *Ellas eran jefes de enfermería. (...)* ***PREGUNTA.*** *Manifiéstele al despacho si la señora Graciela podía ausentarse de manera libre y espontánea de la ESE.* ***RESPONDE.*** *No ella no podía dejar el turno solo, ella no podía ausentarse hasta no terminar turno y entregar turno (...).*[31] *"*

Por su parte, la señora María Alicia Quemba Pirachican indicó:

[30] Audiencia de pruebas de fecha 26 de octubre de 2018. CD obrante a folio 316.
[31] Minuto 55:42 y ss. de la grabación.

*"(...) **PREGUNTA.** ¿Qué funciones cumplían? **RESPONDE.** Asistencia al paciente directamente, cumplíamos horario, también a nosotras como empleados civiles (que nos decían), nos colocaron a trabajar más o menos 48 horas semanales, nosotros éramos del turno de la noche (...) nos tocaba toda una noche de 7 a 7 y si queríamos seguir hasta la 1 de la tarde debíamos seguir y si no de la 1 hasta las 7 de la mañana del otro día, sábado domingo festivo, nosotros no teníamos descanso. **PREGUNTA.** ¿Cómo se verificaba el cumplimiento de estos turnos, el horario, había alguna manera de verificarlo o simplemente ustedes acudían? **RESPONDE.** No, nos sacaban un horario, una planilla donde nos colocaban el nombre y que días teníamos que hacer el famoso completo. **PREGUNTA.** Alguien les impartía instrucciones sobre cómo desempeñar esas tareas o ustedes ya las conocían y las desempeñaban autónomamente. **RESPONDE.** Como auxiliares ya sabíamos lo que teníamos que hacer, pero de todas maneras la hora de llegada, la hora de salida, el cumplimiento de horario estaba dada a nuestro jefe directo o la coordinadora del servicio (...)."*[32]

En ese mismo sentido, la señora Elsa Rosa Sierra en su testimonio afirmó lo siguiente:

*"(...) **PREGUNTA.** ¿Alguna persona, algún funcionario de la entidad vigilaba que ustedes cumplieran el horario? ¿Cómo se acreditaba el cumplimiento? **RESPONDE.** Claro. Firmando un libro en la llegada, firmamos el libro de entrada la hora de salida. Teníamos jefe inmediato, teníamos una coordinadora del departamento (...) **PREGUNTA.** Manifiéstele al Despacho qué tipo de órdenes impartían los jefes que usted ha hecho mención en otras respuestas. **RESPONDE.** Ellos nos organizaban el número de pacientes, las asignaciones eran las curaciones, toma de laboratorios, medicamentos, signos, estar pendiente, trato directo al paciente, lo que él necesitara (...)."*

Tratándose del análisis del elemento de subordinación en los casos de prestación del servicio como auxiliar de enfermería, el homologo Juzgado 56 Administrativo de Bogotá, señaló:

"(...) Además (...) la naturaleza misma de la actividad, las obligaciones a cargo de la contratista, estipuladas en estos, permiten advertir que la entidad determinó lo esencial todos y cada uno de los aspectos de las actividades para las cuales fue contratada la demandante, sujetando su ejecución y desarrollo a la observancia y seguimiento de las normas, reglamentos, protocolos, procedimientos, directrices, formatos e instrucciones de todo tipo establecidas en la institución, entrega y recibo de turnos, sin dejarle margen alguno de autonomía para planificar la ejecución del objeto del contrato y desarrollar las actividades contratadas, circunstancia que se explica y resulta obvia por la naturaleza de la labor de auxiliar de enfermería, cuya

[32] Audiencia de pruebas de fecha 26 de octubre de 2018. CD obrante a folio 316.

sola denominación da a entender que el margen de autonomía del que puede gozar es mínimo sino es que nulo, pues debe sujetarse a cumplir, ejecutar las órdenes que le sean impartidas y realizarlas en la forma que se encuentre establecido en los reglamentos, protocolos, guías, etc., como ya se dijo, máxime cuando se trata de una actividad inherente de todo tipo para ejecutar cualquier actividad, tal como se lee en los contratos que remiten a ellas y como lo expuso la demandante y los testigos bajo juramento."[33]

En este orden de ideas, se tiene que se configuró también el elemento de la subordinación entendido como *"la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, "todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado"* [34], por cuanto la señora Graciela Ávila desarrolló la labor mediante contratos sucesivos.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el Decreto No. 3202 de 2007 obrante a folio 6 y s.s. del expediente, la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento tiene por objeto la prestación de los servicios de salud como servicio público esencial a cargo del Estado, lo que permite entrever que las funciones desempeñadas por la demandante son inherentes a la entidad y hacen parte de su rol misional, es decir, no son ajenas al propósito principal de la entidad o requieren conocimientos especializados que no poseen los empleados de la ESE, situación que permite desvirtuar que las funciones son transitorias y que no se contaba con personal destinado para la atención de este tipo de actividades. Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al resolver una controversia similar, precisó:

"(...) as funciones que desempeñó la actora en la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento como Auxiliar Asistencial de Farmacia, son propias del rol misional de la entidad, habida cuenta que, dentro de los objetivos esenciales de la entidad, se encontraban los de prestar el servicio de salud.

Se concluye de lo anterior que las funciones desempeñadas por la demandante no son transitorias o ajenas al propósito principal de la entidad y tampoco requieren de conocimientos especializados que no posean los empleados de la entidad.

Así queda desvirtuado que las funciones desarrolladas por la demandante eran transitorias y que la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento no contaba con personal

[33] Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo de Bogotá, sección segunda. Sentencia No. 360 de fecha 6 de diciembre de 2019. Radicado 11001-33-42-056-2018-00557-00. Demandante Liza Fernanda Banguero Balanta. Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur occidente ESE Hospital de Fontibón.
[34] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 05001233300020130081301 (36872014).

destinado para la atención de ese tipo de actividades. La ausencia de personal para esas funciones propias de la entidad debió llevarla a priori a modificar la planta de personal e incluir el cargo requerido en forma definitiva o temporal, tal como autoriza la ley 909 de 2004, mas no, recurrir al contrato de prestación de servicios, con clara desnaturalización, como ha ocurrido. (...)'[35]

De la existencia de una relación laboral

El Despacho concluye que la formalidad contractual se vio superada en la realidad de su ejecución por la presencia de los elementos esenciales de la relación de trabajo a saber (i) la actividad personal de la demandante; (ii) la continuada subordinación por parte de la entidad y (iii) el salario como retribución del servicio.

No se trató entonces de una relación o un vínculo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo que requirió de la presentación del servicio por un periodo superior a tres años, constituyéndose en un indicio claro que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral en idénticas condiciones a los auxiliares de planta, con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos entre los años 2003 y 2007. Así entonces, se desvirtuó:

(i) El criterio funcional. Porque la función contratada está referida a las que debía adelantar la entidad como propia u ordinaria y en ningún momento se demostró que desarrollara labores distintas a las asignadas a los empleados de planta.

(ii) Temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada, características propias de un contrato de prestación de servicios. Porque se programó el cumplimiento de turnos y se estableció en su totalidad un horario de turnos por parte de la entidad. Aunado a ello, se extendió por más de tres años la prestación del servicio para el desarrollo del mismo "*objeto contractual*", es decir, hubo un criterio de continuidad en el que se desarrolló funciones de carácter permanente, las cuales resultaron ser sucesivas.

(iii) La autonomía e independencia en la prestación del servicio. Porque la demandante estaba sujeta a las órdenes impartidas por los jefes de enfermería del piso y al cumplimiento de horarios.

---

[35] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2018, radicado: 11001-33-35-022-2014-00354-00. M.P.: Luz Myriam Espejo Rodríguez.

Así las cosas, la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento vinculó a la demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que desempeñó, evento que da lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Ahora bien, es necesario aclarar que por el hecho de haber estado vinculada laboralmente con la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento a la demandante no se le puede otorgar el estatus de empleada pública, como lo indica en el hecho cuarto de la demanda[36], dado que para ello es necesaria la concurrencia de los presupuestos de nombramiento o elección y la correspondiente toma de posesión, como lo ha reiterado el Consejo de Estado en casos de contornos similares al que ocupa la atención[37].

Determinado lo anterior, se procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Del restablecimiento del derecho

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral establecidos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política respectivamente[38].

La demandante pretende que se restablezca el derecho mediante lo siguiente:

1. Reconocimiento y pago de acreencias laborales causadas desde el 01 de julio de 2003 hasta el 03 de septiembre de 2007.

2. Se declare que el último salario devengado fue la suma de $1.020.621.

---

[36] Folio 94 del expediente.
[37] *C.E., Sec. Segunda, Sent. 25000-23-25-000-2008-00250-02(0171-12), abr. 9/2014 M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren* en cita del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C. Sentencia de fecha 29 de agosto de 2018, radicado: 11001-33-35-022-2014-00354-00. M.P.: Luz Myriam Espejo Rodríguez.
[38] Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicado No. 2776-05. C.P. Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicado No. 1694-07. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 31 de julio de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren retomadas en sentencia de la misma corporación subsección B, fecha 29 de enero de 2015, radicado No. 4149-13. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez-

3. Reconocimiento y pago de auxilio de cesantías.

4. Reconocimiento y pago de intereses a las cesantías.

5. Reconocimiento y pago de las primas de servicio.

6. Reconocimiento y pago de la prima de vacaciones.

7. Reconocimiento y pago de las vacaciones.

8. Reconocimiento y pago de las primas de navidad.

9. Reconocimiento y pago de las bonificaciones por servicios.

10. Reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión.

11. Reconocimiento y pago de los intereses moratorios generados por la falta de pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

12. Pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente efectuados por encima de lo legal.

13. Se condene al pago de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo desde la fecha que se produjo la desvinculación hasta la fecha que se produzca realmente su pago, como indemnización de lucro cesante y daño emergente.

Sea lo primero decir que no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente y pagos de pólizas de seguros, pues si bien la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica *per se* la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato[39]. Tampoco hay lugar al pago del daño emergente y lucro

[39] Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia de 17 de noviembre de 2011Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011) C.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en cita del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda subsección E. Sentencia del 10 de agosto de 2018, radicado 11001-33-31-**030-2012-00117**-01. Demandante

cesante, pues no se allegó prueba que permita establecer la existencia de los perjuicios causados por estos conceptos.

Ahora bien, retomando la sentencia de unificación citada en el acápite *"2.2.4. Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad",* solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, empero, dicha solicitud debe hacerse dentro de los tres (3) años siguientes al rompimiento del vínculo contractual.

En este orden de ideas, la relación laboral de la demandante Graciela Ávila Aldana y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento estuvo comprendida entre el 01 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007, de manera interrumpida pues existe ausencia de contrato para probar los periodos comprendidos entre el 01 de marzo hasta el 30 de abril 2004 (1 mes); entre el 01 de junio de 2005 hasta el 30 de enero de 2006 (7 meses) y el 05 de enero de 2007 hasta el 04 de julio de 2007 (6 meses). Las referidas interrupciones superan el término de 15 días hábiles establecidos por la postura jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado[40], por esa razón, se cortaron los periodos para que se tuvieran que hacer las respectivas reclamaciones, motivo por el cual, la parte actora tenía como plazo máximo para reclamar la declaratoria de existencia de la relación de la siguiente manera:

> **Primer periodo:** Comprendido del 01 de julio de 2003 al 15 de febrero de 2004, dando como plazo para presentar la reclamación hasta el 15 de febrero de 2007;
>
> **Segundo periodo**: comprendido entre el 01 de mayo de 2004 hasta el 30 de junio de 2004, dando como plazo para presentar la reclamación hasta el 30 de junio de 2007;
>
> **Tercer periodo:** Comprendido entre el 01 de noviembre de 2004 hasta el 30 de mayo de 2005, dando como plazo para presentar la reclamación hasta el 30 de mayo de 2008.

Sandra Janeth Vélez Pinzón. Demandado Ministerio de Salud y la Protección Social – Fiduprevisora S.A. – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. M.P.: Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon.

[40] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 10 de mayo de 2018, C.P. César Palomino Cortés, radicación 66001-23-33-000-2014-00282-01(2482-15).

Cuarto periodo: Comprendido entre el 01 de febrero de 2006 hasta el 04 de enero de 2007, dando como plazo para presentar la reclamación hasta el 04 de enero de 2010.

Quinto periodo: Comprendido entre el 05 de julio de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2007, dando como plazo para presentar la reclamación hasta el 30 de septiembre de 2010.

La solicitud del reconocimiento y pago de las acreencias laborales se presentó a la FIDUPREVISORA S.A el 14 de agosto de 2014[41] y al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL el 19 de agosto de 2014[42], esto es después de tres años del plazo con el que contaba la demandante para realizar la respectiva reclamación, entendiéndose configurada la prescripción de las prestaciones causadas por los periodos descritos.

No obstante, lo anterior, debe decirse que no sucede lo mismo con los aportes al Sistema de Seguridad Social referentes a pensión y salud dado su carácter de imprescriptibles por ser una prestación periódica, de tal forma que serán reconocidos aquellos que se encuentren soportados en los contratos de prestación de servicios aportados al expediente durante la vinculación (01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007) con las respectivas interrupciones descritas en párrafos anteriores.

Al liquidar el valor de las condenas se deberá sufragar los porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensiones en la cuota parte que la entidad no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, teniendo en cuenta que:

1. La demandada deberá pagar a la actora la cuota parte correspondiente en tanto acredite haberla sufragado; y,

2. La entidad accionada deberá girar al Fondo de Pensiones y a la Empresa Prestadora de Salud escogidos por la interesada las sumas a que haya lugar,

[41] Folio 44 del expediente
[42] Folio 46 dele expediente.

luego de hacer la liquidación de cara a lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar, de conformidad con lo expuesto en acápites precedentes.

La entidad deberá calcular la diferencia entre los aportes realizados por la demandante mes a mes desde el 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007 (con las respectivas interrupciones), teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, y los que se debieron efectuar en calidad de empleador, debiendo cotizar al respectivo régimen la suma que resultara faltante por concepto de aportes a riesgos laborales y pensión, y en el caso en el que exista diferencia o no se hubieran efectuado, deberá asumir el porcentaje correspondiente.

Indexación

Las sumas no prescritas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán actualizar conforme a lo previsto en el inciso 5º del artículo 187 del CPACA[43], bajo la fórmula

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Cumplimiento de la sentencia

El proceso de liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento inició con la expedición del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007 y, posteriormente, el Decreto 4171 de 29 de octubre de 2009, reglamentó la forma como serían sufragadas las obligaciones adquiridas por la entidad, en los siguientes términos:

[43] Artículo 187. CPACA, inciso 5º "Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

"Artículo 1°. **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 clasificadas como gastos administrativos laborales.
(...)
"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 previsiones correspondientes.
(...).".

A su turno, en el acta final del proceso liquidatorio de la E.S.E., suscrita por la Apoderada General del Liquidador y el ministro de la Protección Social, se estableció lo siguiente:

"(...)
Que la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación celebró el contrato de Fiducia Mercantil Nº 114 del 30 de diciembre de 2008, cuyo objeto es la administración por parte de FIDUPREVISORA S.A. del patrimonio autónomo a integrarse con los activos que le transfiere la ESE; efectuar los pagos con cargo a dichos recursos y administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidas por la liquidación de la mencionada empresa social.
(...)
Que al cierre del proceso liquidatorio, los tres (3) contratos citados fueron cedidos al Ministerio de la Protección Social, Entidad que en adelante actuará como fideicomitente cesionario de los dos de fiducia mercantil.
(...).'[44]

Por su parte, el Contrato No. 114 de 2008, celebrado entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, como fideicomitente, y la Fiduprevisora S.A., en condición de fiduciaria, se estableció lo siguiente[45]:

"(...)
CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO: El objeto del presente contrato es la constitución de un patrimonio autónomo de remanentes denominado PAP – ESE LUIS C. GALÁN EN LIQ PAR, al cual se transfieren los bienes, recursos y procesos remanentes, al concluir el plazo de la prórroga de la liquidación.

[44] Folios 2 a 4.
[45] Folios 17 a 43

(...)
3.3. SEGUIMIENTO A LOS PROCESOS JUDICIALES: LA FIDUCIARIA, como representante del PAR, tendrá a su cargo el control, seguimiento, atención y pago, en caso de sentencias debidamente ejecutoriadas, de los procesos judiciales que cursan en contra de EL FIDEICOMITENTE, de conformidad con el capítulo IV del presente contrato.
(...)
CLÁUSULA QUINTA: FIDEICOMITENTE: Para los efectos de este contrato, la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN, ejercerá los derechos que la Ley concede a los fideicomitentes. Después de extinguida legalmente la ESE en LIQUIDACIÓN, el presente contrato continuará vigente y con plenitud de sus efectos y en ese evento la calidad de FIDEICOMITENTE será ostentada por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. (...)

CAPÍTULO IV
DE LOS PROCESOS JUDICIALES DEL FIDEICOMITENTE

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: ACTIVIDADES A DESARROLLAR CON RELACIÓN A LOS PROCESOS JUDICIALES DE EL FIDEICOMITENTE:
(...)
PARÁGRAFO PRIMERO: Las obligaciones relativas a la defensa judicial del PAR, serán ejercidas por la FIDUCIARIA a partir de la terminación del proceso Liquidatorio de EL FIDEICOMITENTE. (...).".

En este orden de ideas, de conformidad con el Decreto 4171 de 2009, los recursos para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación, serían girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la entidad en liquidación.

A su vez, el acta final del Proceso Liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, previó que los activos de la entidad quedarían a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E.

Ahora bien, la Fiduprevisora S.A., en su calidad de administradora del patrimonio autónomo de la liquidada E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, únicamente está obligada a responder hasta el monto en que fue constituida la fiducia, razón por la cual toda obligación que exceda el valor del fideicomiso no le corresponderá asumir a dicha sociedad sino que deberá ser complementado o suplido por la entidad del orden Nacional que sea designada por la normativa que se profiera para dichos efectos, esto es el Ministerio de salud y Protección Social, en el evento de que se hubieren agotado los recursos de ese patrimonio autónomo, caso en el cual podrá

concurrir al pago de las condenas impuestas[46].

3.- COSTAS

En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una constante que se ventilen asuntos de interés público, razón por la cual habría lugar a suponer que no hay condena en costas. No obstante, según la Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 050012333000 2012 00490 01 (20508), agosto 30/16, se indicó que la administración tributaria no está exonerada de la condena en costas por el mero hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos conlleve de manera inherente un interés público.

Por otro lado, se tiene que La condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGP[47]. Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas[48], por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso.

Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida por el equivalente a un salario

---

[46] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Sentencia de fecha 02 de junio de 2016, radicado 25000-23-25-000-2008-00171-01(2310-12). C.P.: William Hernández Gómez.
[47] Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.
[48] Artículo 365 del Código General del Proceso.

mínimo legal mensual vigente, las costas serán liquidadas por Secretaría, y para ello se deberá tener en cuenta el artículo 365 del C.G. P[49].

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO.- **DECLARAR** la nulidad del oficio No. 2014EE00021746 de fecha 29 de agosto de 2014 proferido por la FIDUPREVISOPRA S.A.[50] como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y el oficio No. 2014-1110-1233841 de fecha 04 de septiembre de 2014 expedido por la Nación –Ministerio de Salud y Protección Social, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- **DECLARAR** que entre la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmientos y la señora Graciela Ávila Aldana existió una relación de trabajo por los periodos comprendidos entre el 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. –FIDUPREVISORA S.A. a liquidar y consignar al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la señora GRACIELA ÁVILA ALDARA, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por la actora y la reliquidación que aquí se ordena, durante el tiempo que

---

[49] "Art. 365. Condena en costas: En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(...)
7. Si fueren varios litigantes los favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
(...)"

[50] Visible a folio 45 del expediente.

efectivamente se mantuvo la relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

En el evento de que se hubieren agotado los recursos de ese patrimonio autónomo, ORDENAR a la Nación MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a concurrir al pago de la condena.

CUARTO.- **DECLARAR** probada la excepción de prescripción trienal de las prestaciones causadas durante el tiempo comprendido entre el 01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, salvo los aportes al sistema de pensiones, de conformidad con lo expuesto en esta sentencia.

QUINTO.- Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser actualizadas de conformidad con lo señalado en el acápite de indexación.

SEXTO.- Condenar en costas a la parte vencida.

En firme esta providencia y hechas las anotaciones correspondientes, **ARCHÍVESE** el expediente, previa devolución de remanentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ