



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Referencia:	11001-33-35-025-2013-00159-00
Demandante:	JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN
Demandada:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL; ISS – EN LIQUIDACIÓN (hoy COLPENSIONES) y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.;
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Controversia:	Reconocimiento y Reliquidación de Salarios y Prestaciones - Contrato Realidad

I. LA DEMANDA:

De la lectura minuciosa de las pretensiones de la subsanación de la demanda (fl. 205), y acorde con la fijación del litigio, se tiene que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos y se concedan las subsiguientes pretensiones:

PRIMERA: Oficio 2012EE00105863 de Noviembre 19 de 2012 con el cual **Fiduprevisora S.A.** dio respuesta a la reclamación elevada ante ellos en Noviembre 13 de 2012; **2) El Acto Ficto** en que incurrió la administración a través del Ministerio de Salud y Protección Social al no dar respuesta a la reclamación elevada ante ellos, radicada con **No. 201242302434332** de Noviembre 13 de 2012; **3) Oficio No. 2-2012-042881** de Noviembre 22 de 2012 con el cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta a la reclamación radicada con **No. 1-2012-077409** y, **4) El Acto Ficto** en que incurrió la administración a través del Instituto de Seguros Sociales en liquidación, al no dar respuesta a la reclamación elevada ante ellos **S/N** de Noviembre 13 de 2012.

SEGUNDA: Que como consecuencia de las anteriores decisiones y a título de restablecimiento del derecho, se DECLARE que LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, FIDUPREVISORA S.A., entidades llamadas a responder por las acreencias laborales que dejo con la trabajadora la EXTINTA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO y el INSTITUTUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION en cabeza de sus representantes legales, , están en la obligación de pagar al demandante doctor **JAIME ARIEL RAMOS PINZON** todas las prestaciones sociales legales, extralegales y convencionales, como son: Prima técnica la cual por su calidad de médico era parte integral del salario, Auxilio de cesantía, intereses sobre las cesantías con sus correspondientes intereses de mora, primas de servicio, primas de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, reconocimiento de más días para vacaciones de acuerdo con la antigüedad, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, dotaciones, afiliación a Caja de Compensación, afiliación a salud, afiliación a pensión, pago al fondo de solidaridad pensional, todos los intereses de mora que correspondan para que las semanas le sean tenidas en cuenta y en fin todos los derechos y prerrogativas de que disfrutaba un trabajador de planta o nómina de las entidades.

TERCERA: Se reconozca al demandante, todo el tiempo que laboró en dominicales, festivos, horas extras, trabajo nocturno.

CUARTA: ordenar el pago efectuando la debida liquidación incluyendo todas las prestaciones legales, extralegales, convencionales incluyendo la sanción moratoria es decir, desde cuando adquirió el derecho y hasta cuando evidentemente se efectúe el pago, sanción que igualmente cobija las cesantías.

QUINTA: El pago de la indemnización por la no afiliación al sistema general de seguridad social como son: salud, pensión, riesgos profesionales y lo atinente a parafiscales, pago que se debe hacer mes a mes en forma discriminada para no crear confusiones en as semanas cotizadas.

SEXTA: El pago de la indemnización por desvinculación unilateral que tomara la entidad ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

SÉPTIMA: Ordenar que debe expedirse una certificación laboral tipo bono pensional, en que conste el tiempo de servicio, los salarios devengados mes a mes en forma discriminada indicando factores salariales y prestaciones canceladas junto con todos los demás factores devengados por la demandante. Incluir el valor pagado por seguridad social igualmente discriminados mes a mes, es decir: salud pensión, fondo de solidaridad pensional, intereses de mora por cada pago, riesgos profesionales y parafiscales mes a mes.

OCTAVA: se ordene a las demandadas el pago de intereses moratorios en los términos señalados en el Art. 192 del C.P.A.A.C.A y demás normas concordantes.

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

NOVENA: Que se ordene que las demandadas deben pagar la indemnización por mora en el pago de todos estos salarios, prestaciones legales y convencionales, cesantía e intereses sobre las cesantías de conformidad con el **Art. 65 del C. S. del T. el Decreto 797 de 1949 y la Ley 244 Art. 2 de 1995**, en concordancia con cualquiera otra norma que así lo indique.

DÉCIMA: Se ordene a las demandadas dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos establecidos de conformidad con el Art. 192 y siguientes del Código Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 y demás normas vigentes y concordantes.

DECIMA PRIMERA: Se condene a las demandas al pago de las costas y agencias en derecho.

1. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA.

El fundamento fáctico de las pretensiones lo constituyen los hechos relevantes que se resumen así:

a. Afirma que el actor ingresó al ISS mediante contrato de prestación de servicios personales o administrativa, entre el **1º de junio de 2001 hasta el 3 de septiembre de 2007**, lapso durante cual firmó un total de 23 contratos, en condición de MÉDICO GINECOOBSTETRA.

b. Que a partir del 26 de junio de 2003, con la expedición del Decreto 1750 de 2003 que escindió el ISS y creó las E.S.E., entre estas la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO –hoy liquidada-, fue trasladado a dicha entidad por cesión del contrato de prestación de servicios.

c. Que como durante el referido lapso, **prestó los servicios en forma personal y directa, cumpliendo un horario bajo subordinación, petitionó a las entidades demandadas -FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. el 13 de noviembre de 2012 (fl. 83); MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL el 13 de noviembre de 2012 (fl. 90); al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO el 13 de noviembre de 2012 (fl. 94), y al ISS – EN LIQUIDACIÓN el 12 de noviembre de 2013 (fl. 101), la declaración de un contrato realidad y el consecuente reconocimiento de todos los salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos allí relacionados a los cuales considera tiene derecho.**

d. Que las mencionadas autoridades le negaron dichas pretensiones a través de los precitados actos administrativos y/o actos fictos cuya nulidad reclama, quedando agotada la sede administrativa.

e. En aras de agotar el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en concordancia con el 37 de la Ley 640 de 2001, el actor solicitó el **12 de diciembre de 2012** la respectiva conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la cual fue declarada fallida el 19 de febrero de 2013 de 2013 siendo expedida la certificación el 26 de febrero de 2013 (fl. 179A).

2. NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Indica que fueron vulneradas las siguientes disposiciones jurídicas: De la Constitución Política, arts. 4, 13, 25, 48, 53, 121, 122, 123, 125 y 209. De la Ley 80 de 1993, art. 32. De la Ley 4 de 1992. De la Ley 100 de 1993, arts. 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161 y 204. Ley 332 de 1996. Del Decreto 3135 de 1968, art. 8. Decreto 1045 de 1968, art. 25; Arts. 22, 23, 27, 37, 39, 47, 57, 65, 67, 161, 168, 172, 173, 177, 179, 186, 193, 230, 249, 467, 477, 478 del C. S. del T., Ley 52 de 1975, Ley 244 de 1995 subrogada or la Ley 1071 de 2006, Ley 790 de 2002 Art. 17 y todas las demás normas vigentes y concordantes que correspondan con el caso en estudio.

Afirma que el artículo 53 superior fue vulnerado dado que establece el principio mínimo fundamental de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales (en este evento se trata de que el actor prestó sus servicios a la demandada y no a un tercero y, por otra parte, lo hizo en condiciones de subordinación y dependencia y con reconocimiento de un salario pudiendo adicionar el cumplimiento de estrictos horarios). Esto obliga a la administración pública a reconocer el carácter subordinado y dependiente de su trabajo.

Indica que no obstante a que el artículo 25 ordena la protección del Estado al trabajo y por ende a quien lo desarrolla, las entidades empleadoras Instituto de Seguros Sociales en liquidación y la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hicieron caso omiso. Que con ello violó en forma flagrante y desconoció los derechos que le asistían al trabajador desvirtuando el pretendido contrato administrativo y configurando un verdadero contrato de trabajo.

Que sometió al trabajador no solo a la subordinación y dependencia sino que lo sometió a unos horarios estrictos violando con ello la autonomía que le asistía para desarrollar el contrato. Que lo obligó a laborar más de 8 horas diarias, no le reconoció el trabajo en dominicales, festivos, nocturnos, no le pago las horas extras, etc. etc. Que todo lo tuvo que hacer por el mismo salario que percibía.

Que al demandante se le aplicó el mismo régimen que estaba instituido para los trabajadores de planta o mejor vinculados mediante contrato de trabajo; se llegó al extremo de exigirle, que el tiempo solicitado en permiso o las incapacidades que sufriera tenía que

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

reponerlo con clara violación a los derechos del trabajador e inclusive violando los derechos humanos que le asistían.

Afirma que violaron las empleadoras la misma Ley, cuando ella señala claramente que la contratación administrativa es excepcional, no para ejercerla de carácter permanente como ocurrió con el doctor **RAMOS PINZON** quien en esta modalidad y sin interrupciones de ninguna naturaleza, estuvo por más de 6 años.

Concluye que desde este punto de vista los actos administrativos contenidos en las comunicaciones objeto de la demanda están viciados de nulidad por violación de disposiciones de carácter constitucional y legal, por los motivos que expuse, pues no reconocieron la violación que de los derechos del trabajador efectuaron las empleadoras y como verdaderamente se había configurado un contrato realidad a través de la diferente contratación efectuada con ella.

Complementa el concepto de violación bajo los argumentos expuestos en la subsanación de la demanda (fl. 208).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada y repartida el 27 de febrero de 2013 (fl. 190); remitida por competencia por el Juez antecesor al H. Tribunal Administrativo mediante auto del 8 de marzo de 2013 (fl. 192); Corporación que adjudicó la competencia a estos juzgados en auto del 17 de abril de 2013 (fl. 196). Finalmente, luego de haber sido subsanada, fue admitida mediante auto del 12 de julio de 2013 (fl. 221). Se notificó a las entidades demandadas, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público (fls. 223 a 228). La audiencia inicial se realizó el 17 de febrero de 2015 en la que entre otras decisiones se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fl. 326). Dicha decisión fue apelada y revocada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto del 26 de octubre de 2016 **decidiéndose declarar no probada la mencionada excepción** (fl. 349). Devuelto el proceso, se realizó la continuación de la audiencia inicial y decreto de pruebas el 3 de abril de 2017 (fl. 366). Finalmente, la continuación de la audiencia de pruebas se efectuó el 25 de mayo de 2017 (fl. 393).

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Vencido el término otorgado se presentaron las siguientes contestaciones:

a. DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fl. 229).

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda para lo cual, no desconoce las obligaciones dispuestas a cargo de la Nación por el Artículo 1º del Decreto 4171 de 2009, pero, afirma que allí no se especifica que le deben corresponder a dicho Ministerio, sino a la Nación como fuente de donde todos los Ministerios adquieren la fuerza vinculante con el Estado, entendiéndose la Nación como sujeto político en el que reside la soberanía constituyente de un Estado, que es la que goza de personería y es donde nace el poder vinculante de los Ministerios y entidades del orden nacional acorde con lo establecido por el Artículo 80 de la Ley 153 de 1887.

También alude al proceso de liquidación de la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO e indica que la entidad no posee elementos materiales ni probatorios relativos a los contratos celebrados entre la actora y la E.S.E. L.C.G.S., porque nunca los ha celebrado, motivo por el cual no existe, ni aun elaborando una ficción jurídica, la alegada violación a la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que la actora nunca prestó servicios para el Ministerio, ni celebró contrato de prestación de servicios con personal de la referida E.S.E. . Por las anteriores razones afirma que el acto demandado se ajusta a derecho.

Las excepciones propuestas fueron negadas en la audiencia inicial y quedó en firme la decisión ante la ausencia del Ministerio (fls. 326-367).

b. DEL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fl. 247).

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones para lo cual afirmó que el actor prestó sus servicios a través de contratos de prestación de servicios, pero a la extinta E.S.E. L.C.S.A., sin que haya tenido vínculo alguno con el Ministerio.

Que si bien por virtud del Decreto 1750 de 2003, la extinta E.S.E. estaba adscrita a dicho Ministerio, dicha adscripción no implica la dependencia del Ministerio, pues tal figura consiste en una especie de control de tutela que ejerce el Estado sobre las entidades a las que otorga autonomía administrativa. Que el Ministerio no es sucesor procesal de la E.S.E. L.C.S.A., hoy liquidada.

Las excepciones propuestas fueron resueltas en la audiencia inicial y la de falta de legitimación en la causa por pasiva que había sido declarada, fue revocada por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que la declaró no probada (fl. 349).

c). DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACIÓN (fl. 266).

Indica que de conformidad con el Decreto 2012 de 2012, se suprimió el Objeto del Instituto de Seguros –ISS-; la dirección, administración, control, vigilancia y prestación de servicios en materia de administración de régimen de prima media con prestación definida. Que mediante Decreto 2013 de 2012, el Gobierno Nacional ordenó la Supresión y Liquidación del ISS, designando a la Fiduciaria la Previsora S.A., como liquidador del ISS.

Afirma, que se incorporó en su contrato individual los beneficios de carácter económico que habían sido pactados en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial, cada E.S.E. le liquidará y pagará por una sola vez y con fundamento en la C-314-2004, entre el 28 de junio y el 31 de octubre de 2004. Con posterioridad a dicha fecha se aplicará a ésta empleada pública (sic), exclusivamente el régimen legal correspondiente a los empleados públicos del nivel nacional. No podrán presentar pliegos de peticiones ni suscribir convención colectiva de trabajo. Por consiguiente no sustituyó sus obligaciones laborales.

En últimas, **revisada la contestación de la demanda, la entidad no hace alusión alguna a las pretensiones de declaración de contrato realidad y al modo de vinculación del demandante, mediante contratos de prestación de servicios, que es el verdadero objeto de la demanda.** Por el contrario, a lo largo de la contestación se opone a la prosperidad de todas las pretensiones y alude a los hechos **de una actora**, cuando se trata es del demandante JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN, y hace alusión a los hechos de la demanda, pero, plantea su enfoque por virtud de la escisión del IS.S., que ordenó el Decreto 1750 de 2003, e indica que por ello se creó una nueva categoría de entidades y los demandantes fueron incorporados sin solución de continuidad y adquirieron la categoría de EMPLEADO PÚBLICO, situaciones fácticas ajenas a las demandadas.

Las excepciones propuestas fueron resueltas en la audiencia inicial y, en la continuación de la audiencia inicial se decidió de oficio que la **excepción de prescripción del derecho** sería resuelta la hora de emitir sentencia por ser de mérito y atacar directamente la existencia del derecho y con sujeción a la sentencia de unificación SU-J2-005-16 del 25 de agosto de 2016 (fl. 368).

d). DE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO –EN LIQUIDACIÓN- (fl. 287).

En la audiencia inicial se dejó plasmado que esta entidad contestó la demanda en forma extemporánea, por lo que nada se dijo respecto de sus argumentos ni de las excepciones propuestas.

No obstante, la excepción de prescripción del derecho por ser de mérito será resuelta de oficio, a la hora de emitir la sentencia, dado que ataca la existencia propia del derecho reclamado. Las demás se tienen como argumento de defensa de la entidad.

2. PRUEBAS DECRETADAS Y PRÁCTICADAS OBRANTES EN EL PROCESO.

a). Con la demanda fueron relacionadas las siguientes pruebas relevantes.

- 1.- Convención colectiva de trabajo de SINTRASEGURIDAD SOCIAL con el ISS 2001-2004 (fls. A al 82).
2. Reclamación presentada el 13 de noviembre de 2012 ante Fiduprevisora S.A. (fl. 83 al 86).
- 3.- Oficio 2012EE00105863 del 19 de noviembre de 2012, mediante el cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., contestó la anterior petición (fl. 87-89).
- 4.- Reclamación al Ministerio de Protección Social radicada el 13 de noviembre de 2012 (fl. 90)
- 5.- Reclamación presentada ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 13 de noviembre de 2012 (fl. 94).
- 6.- Oficio 4.2.0.2 radicado 2-2012-042881 del 22 de noviembre de 2012, mediante el cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, brindó respuesta a la anterior petición (fl. 98-100).
- 7.- Reclamación radicada ante el al Instituto de Seguro Social -en liquidación- el 12 de noviembre de 2013 (fl. 101-104).
- 8.- Copia de los contratos celebrados con las dos entidades en 18 folios, a saber: Contrato 883 del 23 de abril de 2001 hasta el 23 de julio de 2001 (fl. 120); contrato 3951 del 2 de noviembre de 2001 –fecha de disponibilidad presupuestal- hasta el 30 de noviembre de 2001 y, contrato 610 del 1 de marzo de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002.
9. Solicitud radicada el *13 de mayo de 2010* ante la ESE LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO pidiendo el reconocimiento de esos contratos (fl. 135-141).

10. CERTIFICACIÓN de los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor y la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, entre el **1 de julio de 2003 al 3 de septiembre de 2007** (fl. 142).
11. Circular de la ESE a los contratistas en cuatro folios (fl.s 124-127).
12. Memorando 00190 emitido el 6 de noviembre de 2003 por el Coordinador de Ginecología y Obstetricia de la Clínica San Pedro Claver, mediante el cual se les hace un requerimiento a los FUNCIONARIOS DEL SERVICIO DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA – CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER, para cumplimiento de horarios. Allí se reitera que la Jornada de la mañana es de 7 a.m. a 1 p.m.; jornada de la tarde de 1 p.m. a 7 p.m. y, jornada de la noche de 7 p.m. a 7 p.m. (fl. 128).
13. Memorando 242 emitido por la Oficina de Educación Médica, en la que se recuerda a los internos de la clínica San Pedro Claver “que es responsabilidad de cada uno de ustedes, verificar y cumplir estrictamente con los turnos programados en los servicios. Y, que “A partir de la fecha no se permitirá el “pago de turnos” sin una justificación razonable, y se tomará como lo expresa el reglamento de internos (personal de planta)¹ como una falta grave.”
14. Circular 154 de la Dirección de la Clínica emitida el 2 de febrero de 2007, dando instrucciones a los contratistas en materia de pago de aportes para salud y pensión (fl.130).
15. Invitación dirigida al demandante al Congreso Nacional de Médicos Internos a realizarse los días 5, 6 y 7 de septiembre de 2007 (fl. 131).
16. Solicitud al demandante para que colabore orientando al grupo de Cirugía - Ginecológica y Partos (fl. 132).
17. Memorando 242 de julio 10 de 2006, emanado de la Oficina de Educación Médica, dirigido al demandante en su condición de Coordinador Internos Servicio Ginecología, informándole de la inasistencia de un interno (personal de planta)² a un turno y pidiendo la reprogramación del mismo (fl. 133).
18. Invitación del 7 de julio de 2006 dirigida al actor, a participar al Congreso Nacional de Médicos Internos a realizar los días 6, 7 y 8 de septiembre de 2006 (fl. 134).
19. Tres (3) folios que contienen desprendibles de pago del actor durante los meses de mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre de 2001, para demostrar la forma como estos se realizaban (fls. 143-145).
20. Programación de turnos de los días 19 al 25 de abril de 2004, en la que figura para esos días el actor (fl. 146-147).
21. Liquidación laborales efectuada al actor, en las que además aparece como fecha de ingresó el 1º de junio de 2001 y prestó sus servicios hasta el 4 de septiembre de 2007 (fecha de retiro). (fls. 148-157).

¹ Paréntesis del Juzgado.

² Paréntesis del Juzgado.

22. Solicitud de conciliación extrajudicial radicada ante la PGN el 12 de diciembre de 2012. (fl. 158).

23. Certificación expedida por la PGN en la que se indica que la audiencia de conciliación extrajudicial, fue declarada fallida el 26 de febrero de 2013 (fl. 179 A).

b). –Interrogatorio de parte y pruebas testimoniales decretados y practicados:

Fueron practicados EN AUDIENCIA DE PRUEBAS del 25 de mayo de 2017 (fl. 393-401), el interrogatorio de parte del actor y los testimonios de los médicos LUÍS FERNANDO RODRIGUEZ REYES, identificado con la C.C. 19.946.958, LUCIO GUERRA GALUE identificado con C.C. 79.150.275 y, HECTOR FABIO LIZCANO SUPELANO identificado con la C.C. 19.307.613, quienes al respecto manifestaron lo siguiente, como fue consignado en la respectiva acta y en el CD de la audiencia:

INTERROGATORIO DE PARTE del DR. JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN

“A los interrogantes del apoderado del P.A.R. I.S.S. LIQUIDADO, hoy COLPENSIONES, indicó: Que tan pronto se acabó el I.S.S., inició con la E.S.E. L.C.G.S.; que la remuneración por cheque mensual era lo, pactado por honorarios; que tenían un horario y tenían que cumplir una agenda, unos horarios, cumplir una intensidad horaria, tenían un jefe, tal como lo hacían el resto de los trabajadores; que cuando paso su hoja de vida le asignaron la jornada de la mañana y los turnos; que si faltaba era una falta grave si era sin justificación debía pagar la incapacidad y reponer el tiempo y/o acordar la reposición del tiempo con un compañero de planta. **Acto seguido interroga el Despacho, a lo cual respondió** que el Jefe Epifanio ordenaba los permisos y autorizaba los cambios de turnos; que sus funciones eran de ginecólogo, cumplir un horario, atender partos, estar en lo que se presentara en el turno, lo que el coordinador o jefe de departamento le decía; que el jefe del Departamento, cuando ingresó era el Dr. JAIRO RIAÑO, EPIFANIO, FRANCISCO CUEVAS Y SANDRA, respectivamente; que siempre había supervisión y no se podía ir sin no cumplir el horario. **Acto seguido interroga el Despacho, a lo cual indicó** que todo se lo proveía el hospital, que todos los médicos eran internos. **A lo interrogado por la apoderada del PAR ISS, indicó** que trabajó en la policía nacional, pero cuando no tenía asignados turnos en la clínica; que terminó con el ISS, cuando se terminó o escindió; que no le consta que otros médicos desarrollaran actividades en otras entidades o consultorios, pero que ello si era posible; que desde el momento en que ingresó en diciembre de 2000, siempre se necesitó personal y no era suficiente porque en la San Pedro Claver era mucho; que siempre prestó sus servicios en la Clínica San Pedro Claver, y nunca estuvo en otra institución; que nunca se acogió a ningún tipo de negociación con la E.S.E. al momento de la terminación del ISS; que la entidad nunca dejó de pagarle los honorarios, pagándose la mayoría de las veces en forma puntual.

A los interrogantes del Despacho contestó: Que siempre consideró tener los mismos derechos que el personal de planta, que tal vez a los dos años después de observar la asignación de turnos y funciones, no les pagaban vacaciones y demás de los compañeros; que cree que celebró más de 10 contratos; que después de unos 4 contratos, sintió la necesidad de reclamar; reseña varios problemas familiares que indica influyeron en su permanencia

TESTIMONIO DEL DR. LUÍS FERNANDO RODRÍGUEZ REYES.

El Despacho, depuestos los generales de ley por parte de la testigo, informando que no tiene parentesco con la parte actora; no tiene demanda alguna por los mismos hechos.

A los interrogantes del Despacho, contestó: Luego de los generales de ley e identificación lo siguiente: Que conoce a Jaime desde su ingreso al ISS como en el año 2000, y desempeñaron sus labores como durante 8 años más o menos; que tuvieron una buena relación personal como compañeros de trabajo; que desempeñaban los mismos cargos, mismas funciones, tenían un jefe que les asignaba las funciones semanalmente en forma igual completamente; que nunca tuvieron altercado con los jefes del ISS; que las reuniones eran de tipo académico más o menos dos o tres veces por semana; eran citados a través de la secretaria del Jefe; que Jaime siempre fue un tipo muy cumplido, de los más cumplidos del ISS que conoció; que el Doctor Jaime, nosotros dentro de la jornada laboral de ocho horas diarias, era complementado con un turno de fin de semana; que todo lo hacían dentro de la misma clínica San Pedro Claver; que les daban la libertad de trabajar medio tiempo en otras instituciones, los que estaban nombrados de ocho horas; que habían unos dispensarios-anexos, a los que el ISS los podía enviar por necesidad; que el trabajo de Jaime fue un trabajo continuo; que el Doctor Jaime como Ginecostetra era asignado en varias salas de servicios; que en mismo trabajo de Ginecostetras eran como unos 8 y en total unos 60 de planta; que hasta donde tiene presente no cesó en sus labores ante la finalización del ISS, y todos siguieron laborando.

A los interrogantes de la apoderada del actor, contestó: Que el manejo del ISS no era igualitario para todos por las diferentes modalidades de contratación, que los que estaban contratados como el Dr. Jaime recibían un salario básico y una remuneración adicional; que el Dr. Jaime desafortunadamente, ese grupo, no disfrutaba de las mismas ventajas que disfrutaban los de planta, pero laboralmente desarrollaban la misma actividad; que no puede decir cómo le pagaban al actor, pero que el ISS les consignaba a los de planta en una cuenta, que se imagina que a ellos era igual; que no sabe si recibía un desprendible, pero todos se les entregaba un desprendible detallado de lo devengado.

A los interrogantes del apoderado del MIN SALUD –E.S.E. L.C.G.S., contestó: Que como empleados del ISS tenían la obligación de asistir como instructores de los residentes de varias universidades; que dicha obligación también se las asignaban a los contratistas.

A los interrogantes del apoderado del ISS PAR contestó: Que no sabe si el actor gestionó pago alguno.

TESTIMONIO DEL DR. LUCIO GUERRA GALUE

El Despacho, depuestos los generales de ley por parte de la testigo, informando que no tiene parentesco con la actora; no tiene demanda alguna por los mismos hechos, y que sabe los motivos por los cuales fue citado.

A los interrogantes del Despacho, contestó: Luego de los generales de ley e identificación, lo siguiente: Que hacia el año 2000 se conocieron cuando ingreso al ISS San Pedro Claver, donde el testigo ya laboraba; que el actor fue vinculado como contratista, hacían ginecología y obstetricia, hacían el mismo trabajo, los mismos turnos asignados; había diferencia porque ellos no tenían vacaciones, horas extras que si tenían los de planta; que en lo demás eran iguales, e incluso JAIME a pesar de haber estado como contratista, fue también coordinador; que estuvieron toda la época hasta la finalización del ISS; que a través del tiempo tuvieron varios jefes, CARLOS CORTES, JAIRO RIAÑO, EPIFANIO BECERRA, HERNADEZ, todos ellos jefes; que las programaciones las hacia el jefe acorde a las necesidades del servicio, había personal de mañana, tarde, fin de semana y turnos asignados como agenda de servicio,

asignada por el Jefe para todos, de planta y contratistas, PUES ELLOS TAMBIEN HACIAN turnos, festivos y dominicales; que ante eventualidades de permisos, o cambio de turnos debían ser informados y autorizados por el Jefe de servicio; que habían varios Coordinadores, siempre que no estuvieran en partos; que el actor también estuvo alguna vez de coordinador; que ser coordinador obedecía a la confianza de planta, capacidad, entre otros; que si se les hacía extraño que un coordinador estuviera como contratista; que normalmente nombraban como coordinador al personal de planta, y en alguna época eran 45 de planta y sí mucho 8 en contrato, por ello, se nombraba casi siempre como coordinador al personal de planta; que si mal no está, JAIME fue el único coordinador como contratista; que como coordinador, se debía pasar un informe el Jefe de Departamento y obviamente el coordinador debía dar cuentas al jefe de servicio; que JAIME trabajaba en la Policía, y no sabe el horario; que el testigo también lo hizo; que no sabe que el ISS haya contratado consultorios externos para esa época; que el Doctor Jaime prestaba sus servicios en la entidad directamente y con elementos suministrados por la entidad; que no era necesario llevar elementos personales, pues estaba todo.

A los interrogantes de la apoderada de la parte actora, contestó: Que el pago se hacía en forma similar, mes a mes, al final del mes, los mismos días pagaban a todos; que el actor, para efectos de permisos o eventualidades, debía contar con el permiso del Coordinador o Jefe de Servicio; que no se podía delegar las funciones o trabajo, sin autorización; que el trabajo para el cual fue contratado debía ser desarrollado en forma personal; que el actor, salía en las mismas planillas en que salían los de planta, no había diferencia, todos salía en la misma agenda; que si tuvo turnos de noche y en fines de semana; que ellos no tenía compensatorios ni pago de horas extras; que los contratistas no tenían ingresos extras por el trabajo de dominicales, ni tenían compensatorios; que no tuvo conocimiento que el ISS les diera dotación alguna. ,

A los interrogantes del apoderado de MINPROTECCIÓN, contestó: Que el actor, ante alguna eventualidad, tenía que informar al coordinador, dada la labor que realizaba, porque ello significaba que el área se quedara sin médico responsable; que no se podía ir, porque era prohibido, y había que cumplir unas reglas, avisar y tener el aval del jefe de servicio; que primero uno no se puede ausentar del sitio de trabajo, sin permiso, y segundo la responsabilidad médica, si usted se ausenta del servicio, deja al descubierto los pacientes de esa zona; que cuando hicieron el concurso para ingresar al ISS, en el contrato estaba estipulado todo lo que se debía hacer si se aceptaba el cargo.

A los interrogantes de la apoderada del PAR ISS, contestó: Que en la transición de la terminación del ISS, hubo una transición para todos, como entre el 2003 y el 2006 cuando se acabó el ISS.

TESTIMONIO DE HÉCTOR FABIO LIZCANO SUPELANO

El Despacho, depuestos los generales de ley por parte de la testigo, informando que no tiene parentesco con la actora; informa que *tiene una demanda* por reclamaciones convencionales contra la misma entidad por ser un **trabajador de planta** que le asiste la misma apoderada del actor, sin que este alegando derechos de contratación administrativa o contrato realidad, hechos precisados por la apoderada del actor y por el testigo.

A los interrogantes del Despacho, contestó: Luego de los generales de ley e identificación, lo siguiente: Que conoce al Doctor Jaime desde cuando fue egresado residente en el Materno Infantil, y luego fueron compañeros de trabajo en la Clínica San Pedro Claver; que el testigo entro desde el año 1991 en la San Pedro y el actor, ingresó aproximadamente en el año 2000; que al haber sido compañero, tuvo atención de salas de parto, consulta externa, turnos asignados y todo lo atiente a obstetricia y Ginecostetra; que siempre había un jefe de departamento que era quien hacía, la cual era muy rigurosa, por la entrega de turnos entre unos y otros; que en la San Pedro, el enfoque era más de maternidad, infecciones, sitio de remisión de las pacientes de

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

Bogotá, Cundinamarca, Tolima; que exactamente, una de las misiones, era atender a las madres gestantes; que para el caso del Dr. Ramos, él estaba más en la actividad de sala de partos, y llegó a coordinar la sala de partos, que estuviera todo el personal, todo el grupo, y los casos más difíciles para comentarlos; que para los casos más complejos, se hacía junta médica, analizar el caso, indicar si se debía dar un tiempo prudencial, maduración del bebe, o hacer cirugía de urgencia; que el Jefe de departamento era quien tomaba la decisión de nombrar coordinadores, siendo la experiencia, entrega y profesionalismo, lo tenido en cuenta para ser designado coordinador; que como trabajadores, no les parecía alterado que un contratista fuera coordinador, para los de planta, era un compañero más; que no recuerda que en el contrato se les exigiera un plus de más, que les exigiera ser coordinador.

A los interrogantes de la apoderada de la parte actora, contestó: Que tiene entendido que el actor, tenía un contrato y le pagaban por su jornada laboral por ese contrato, y no recuerda que le pagaran extras o recargo dominical que tenga entendido; que no recuerda que al actor le hubiera dado el ISS, dotación, no; que el actor tenía que cumplir los horarios que les asignaban, que si eventualmente tenía que salir, debía pedir permiso o reponer el tiempo; que no recuerda que haya recibido, el actor, prestaciones como cesantías; que el actor debía llevar sus elementos básicos, como bata y fonendos, pero otros elementos no; que el actor, recibía su desprendible de su consignación.

A los interrogantes del apoderado del MINISTERIO DE SALUD –E.S.E. L.C.G.S., contestó: Que básicamente, si uno trabaja, como trabajaba en el ISS, tenía que atender a los pacientes en las instalaciones; que el actor, sus pacientes particulares, si los podía atender en un sitio diferente al asignado; que, si estaba asignado a la institución, son pacientes de la institución y debe atender a los pacientes con papelería de la institución e historia clínica de la institución.”

De otro lado, se observa que el Agente del Ministerio Público no rindió concepto y con las contestaciones de las demandas no fueron aportadas pruebas.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El MINISTERIO DE SALUD Y D ELA PROTECCIÓN SOCIAL; La FIDUCIARIA S.A. COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO – EN LIQUIDACIÓN y la apoderada del actor presentaron alegato de conclusión en forma oportuna. Revisados los argumentos, se puede observar groso modo que reiteran los mismos argumentos expuestos en la demanda y sus contestaciones.

El Ministerio de Salud, insiste en la declaratoria de la expresión de prescripción del derecho pide tener en cuenta la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado del 19 de enero de 2015, radicado, 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-13).

La parte actora, invoca y transcribe “*in extenso*”, variada jurisprudencia que afirma le es aplicable. Con jurisprudencia al respecto, se opone a la declaratoria de prescripción de los derechos reclamados, en tanto que afirma que la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Igualmente, afirma que el salario que se deberá

tener en cuenta como base para liquidar las prestaciones, será el que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente. Acto seguido, analiza lo depuesto por los testigos y declaración de parte practicados, para afirmar que le son favorables en tanto manifiestan respecto de todos los elementos del contrato realidad.

Por último, hace algunas referencias respecto de la sentencia de unificación y afirma que le es aplicable al caso del actor.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

Se advierte que hecha la claridad por parte de la apoderada del actor, respecto del testigo **HÉCTOR FABIO LIZCANO SUPELANO**, no se observa parcialidad alguna en su versión.

1. De los actos fictos acusados

Considera el Despacho pertinente estudiar en primer lugar la existencia de los presuntos actos fictos demandados, para posteriormente estudiar su legalidad. Al respecto se tendrá en cuenta que el artículo 83 del C.P.A.C.A. señala:

“**Transcurridos tres (3) meses** contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que está se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

Se encuentra demostrado en el proceso y lo admiten los apoderados de las demandadas, que los derechos de petición se presentaron ante el **ISS – EN LIQUIDACIÓN** el **13 de noviembre de 2012** (fl.101), y ante el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** el **13 de noviembre de 2012**, radicado **No. 201242302434332** (fl. 90), por tanto, de conformidad con la disposición transcrita, los silencios se estructuraron **el 13 de febrero de 2013** para ambas entidades, motivo por el que el Despacho declarará que se configuró el silencio administrativo negativo que generó los actos fictos que se demandan. Así las cosas, encontrando probada la existencia del acto presunto se procederá a estudiar su legalidad.

2. Problemas jurídicos.

¿El problema jurídico **principal**, acorde con la fijación del litigio, se contrae a determinar si **JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN**, tiene derecho a que las entidades demandadas, acorde con la fijación del litigio, le reconozcan, reliquiden y paguen las acreencias laborales causadas desde su vinculación contractual con el ISS y hasta la finalización de los mismos con la extinta E.S.E.L.C.G.S.?

Previo a ello, se hace necesario resolver los siguientes **problemas jurídicos secundarios**:

- a). Sin perjuicio de lo indicado por la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado, CE - SUJ2 No 5 de 2016 **para los aportes pensionales**; verificar si los derechos salariales y prestacionales cuyo reconocimiento se demanda, –de haber existido- fueron objeto de prescripción.
- b). Establecer si la prescripción de los aportes para salud, se rige por el mismo término de prescripción en materia salarial, o, si existe en el ordenamiento legal un término legal especial de prescripción.
- c). Resolver sobre las demás pretensiones propuestas en la demanda.

3. Solución a los problemas jurídicos planteados.

Para resolver los precitados problemas jurídicos principales y secundarios, se tendrá en cuenta que el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación precitada, CE - SUJ2 No 5 de 2016 23001 23 33 000 2013 00 260 01 (0088-2015), concluyó:

“3.5 Síntesis de la Sala. *A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

- i) *. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.***

ii). Sin embargo, **no aplica el 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.

iii). Lo anterior, **no implica la imprescriptibilidad de 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.

iv). **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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v). **Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi). **El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral**, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (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).

vii). **El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones**, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) **el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho**, y (ii) **el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.**"

a. De la excepción de prescripción de los derechos salariales y prestacionales.

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

Acogido en anterior criterio unificador, se tiene que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, *no prescriben, no están sujetos al fenómeno de la caducidad de la acción, como tampoco al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y, en todo caso el juez debe pronunciarse sobre este aspecto, así no haya sido peticionado en sede administrativa, ni pretendido en sede judicial.*

En armonía con la precitada Sentencia de Unificación, **no sucede lo mismo**, respecto de los demás derechos salariales y prestacionales, los cuales se entiende, no escapan a las precitadas instituciones procesales, que dicho sea de paso, al estar contenidas en normas procesales, son de orden público y de obligatorio cumplimiento³, de un lado y por otro, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**, tal como se concluyó por nuestro órgano de cierre en la primera regla jurisprudencial decantada en la Unificación.

Al respecto, el Decreto 1848 de 1969 que ratificó lo indicado por el Decreto 3135 de 1968, establece:

“Artículo 102º.- 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 solo por un lapso igual.”**

³ “ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.”

En este orden de ideas, para el caso concreto, como el lapso durante el cual se pactaron los pluricitados contratos de servicios, según se afirma y fue certificado por la demandada a folio 142, transcurrió **entre el 1º de julio de 2003 al 3 de septiembre de 2007** y, la reclamación administrativa fue radicada por la actora ante las entidades en las siguientes fechas:

- El **13 de noviembre de 2012** ante la FIDUPREVISORA S.A. (fl. 83).
- El **13 de noviembre de 2012** ante el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (fl. 90).
- El **13 de noviembre de 2012** ante el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fl. 94).
- El **12 de noviembre de 2012** ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – EN LIQUIDACIÓN- (fl. 101).

Es decir, como el último día que el actor laboró como contratista fue el **3 de septiembre de 2007**, acorde con lo establecido por el Artículo 118 del C.G.P., contaba **HASTA EL 3 SEPTIEMBRE DE 2010** para hacer la respectiva reclamación, so pena de materializarse la aludida prescripción, se reitera, frente a los factores salariales y prestacionales **diferentes a los aportes para pensión como fue indicado en la unificadora y, para salud, por tener un tratamiento normativo diferente dada su naturaleza de aportes parafiscales como se verá adelante**. Lo anterior, por cuanto no se debe olvidar que acorde con lo establecido en el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en el numeral 2º del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual, normas que son de orden público y de obligatorio cumplimiento como también se indicó.

En consecuencia, el derecho que tenía a reclamar los derechos salariales y prestacionales que pudieron o no existir con ocasión de sus servicios prestados como entre el mencionado lapso, se encuentra prescrito, motivo por el cual se declarará probada la excepción de **prescripción parcial del derecho**, respecto de las entidades demandadas y, por ende, se negarán las pretensiones de la demanda sobre los derechos salariales y prestaciones deprecados, **diferentes a los aportes para salud y pensión**, se reitera.

Es que no se puede perder de vista que si bien es cierto la H. Corte Constitucional en *sentencia T-480 del 1 de septiembre de 2016*, había “*declarado la existencia de contrato realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las demandantes, y (ii)*

ordenar al ICBF adelantar los respectivos trámites administrativos para que reconociera y pagara a favor de cada una de las accionantes los salarios y prestaciones sociales casados y dejados de percibir durante un tiempo determinado, en cuanto no estuvieren prescritos, así como los aportes pensionales causados y dejados de pagar en un lapso específico.”

No lo es menos, que mediante Auto 186 de 17 de abril de 2017, la misma Corporación declaró la NULIDAD PARCIAL de la misma y en su lugar se adoptó una serie de decisiones tendientes a mantener el amparo del derecho de las 106 madres comunitarias, a que se reconozcan y paguen los aportes pensionales faltantes al sistema de seguridad social, con el propósito de acceder a pensión, de conformidad con los términos de la legislación aplicable. En el precitado auto concluyó:

“17. En virtud de la protección iusfundamental mantenida en esta decisión, se ordena al ICBF que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a nombre de cada una de las ciento seis (106) demandantes relacionadas en esta providencia, los aportes parafiscales en pensiones faltantes al Sistema de Seguridad Social, a efecto de que obtengan su pensión, de conformidad con lo establecido en la Ley 509 de 1999 y la Ley 1187 de 2008, desde la fecha en que se hayan vinculado como madres comunitarias al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar y hasta el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014), o hasta la fecha en que con anterioridad hayan estado vinculadas al referido programa, sin menoscabo de su petición por vía ordinaria.”

Al respecto, en reciente sentencia del 9 de abril de 2014 la **Subsección A** de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴ **precisó** que la solicitud de declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse **dentro de los tres años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga la declaración**, de la siguiente manera.

“...En torno a la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda de esta Corporación ha considerado:

“La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

⁴ Radicación: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

“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.”

(...)

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

(...)

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia transcrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, **también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.**

En forma más reciente, la Sección Segunda – Subsección “B” del H. Consejo de Estado, Sentencia del 13 de mayo de 2015⁵ indicó:

“No obstante lo anterior, esta Corporación precisa y aclara en esta oportunidad que el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.

Sobre el particular, en recientes pronunciamientos esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable⁶, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama⁷. *“En otras palabras, debe decirse que una vez*

⁵ CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01, radicado interno 1230-2014.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente N° 11001-03-15000-2014-01819-00.

⁷ Sobre el particular, ver también la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).

*finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral”.*⁸ Cursiva original del texto.

Es decir, que si bien es cierto bajo la figura del contrato realidad se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la decisión judicial, **también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual.” Resalta el Juzgado.**

Ahora, el tema controversial para este Despacho, es la naturaleza o no constitutiva de las sentencias que declaran la existencia de contratos realidad; mírese que no es un tema consolidado sino que amerita serios análisis que incluso doctrinalmente se han debatido por siglos, pues, lo constitutivo por lo general opera de pleno derecho y, en ese sentido, no necesita declaración, menos constitución por sentencia judicial; pero también hay tesis por ejemplo en materia civil que enseñan sobre la usucapión y su operancia de pleno derecho y la no obligación de la ley para que se tenga adquirido el mismo o sentencia que así lo disponga. Véase que el artículo 2534 del C.C.C. dice “Efectos de la declaración judicial” y, no demanda la norma “efectos de la constitutiva judicial”. Eso sí, la sentencia es título constitutivo de dominio (Art. 765) porque hace las veces de escritura pública, pero no constitutiva del derecho a adquirir por usucapión, pues la providencia solo puede declarar hechos que antecedieron.

Hay que tener en cuenta que para declararse propietario se debe entablar un juicio previa declaratoria de la prescripción adquisitiva de aquel y para ser reputado como tal, inscribir el folio de matrícula para inoponibilidad a terceros; por ello, para adquirir el derecho se establecieron los modos señalados en el Artículo 673 del C.C.C., dentro de los cuales no está la sentencia constitutiva sino la prescripción adquisitiva como hecho a declarar, por lo que se puede decir sin dubitación que el adquirente por prescripción tiene la potestad de interponer juicio ordinario para que se le declare propietario y no para que se constituya como tal. Se declara que quien fue poseedor es dueño. El tratadista José Antonio Álvarez Caperochipi, en su libro “Curso de derechos reales, Tomo I, Editorial Civitas, Pagina 53, Madrid, dice:”*Se trata de una investidura formal mediante la cual una posesión se transforma en propiedad, es pues, algo más que un mero medio de prueba de la propiedad o un mero instrumento al servicio de la seguridad del tráfico, es la identidad misma de la propiedad como investidura formal ligada a la posesión.”*

⁸ Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada.

Por las precitadas razones que conllevaron a la declaratoria de prescripción de los aludidos derechos adoptada en esta sentencia, es que es menester tener una tesis que no tenga fisuras, pues causan problemas en su aplicación práctica, tal como pasa con el argumento expuesto por el H. Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 17 de abril de 2013⁹ de la Subsección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, en la que se concluyó que *“es a partir de ella (de la sentencia) que nacen las prestaciones en cabeza de la beneficiaria”* o **beneficiario, en tanto contraviene el principio de igualdad de las personas ante las leyes, vulnera el principio rector establecido en el Artículo 13 del C.G.P., y no se compadece en términos de equidad con la regla general que se viene aplicando en materia de prescripción de derechos al conglomerado laboral, tanto en el sector público como en el privado.** En otros términos, no resulta sano para el derecho y para los principios anotados, que quien haya cohonestado la celebración de ese tipo de contratos durante un lapso considerable, pueda en cualquier tiempo pretender la reclamación de sus derechos y esquivar el fenómeno prescriptivo, mientras que los demás destinatarios de las normas, sean castigados con prescripción trienal por el abandono del ejercicio de sus derechos. Es máxima del derecho que nadie puede beneficiarse de su demora, cuando la exigibilidad tiene una determinada causación.

De otro lado, obsérvese que la **simulación**, se entiende como *“el acuerdo entre dos o más personas para fingir jurídicamente la existencia de un negocio, o de sus elementos.”*¹⁰. Por ello, *“Mutatis Mutandis”* creemos al respecto, que lo que se trata es de desenmascarar la existencia del verdadero contrato de prestación de servicios. En otros términos, lo que en verdad sucede en la praxis, es que hubo un acto simulado. Por ello, la acción es declarativa, en cuanto se pretende cambiar la verdadera naturaleza del acto pactado entre las partes.

Igualmente, observamos con cortesía que –ante la prescripción de ciertos derechos ordenada en la Sentencia de Unificación ut supra- el H. Consejo de Estado no tuvo la oportunidad de abordar lo atiente al reconocimiento y consecuente fenómeno prescriptivo de varios aspectos que han sido objeto de reclamación administrativa y demanda judicial en esta instancia, tales como *reconocimiento y pago de salarios legales y convencionales;*

⁹ Radicación 25000232500020080077601 (1883-12). Actor Liliana Puerto Casas.

¹⁰ Carolina Deik Acosta-Madiedo* Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) REVISTA DE DERECHO N.º 34, Barranquilla, 2010 ISSN: 0121-8697 Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración.

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

intereses a las cesantías; sanción moratoria por el no pago de las cesantías; compensación en dinero de las vacaciones; devolución de porcentajes de cotización por aportes a salud que le corresponda realizar a la contratista ante la respectiva E.P.S.; indemnización extralegal por despido injusto; sanción moratoria por el pago tardío de cesantías que regula la Ley 244 de 1995, artículo 2º -Adicionada y Modificada por la Ley 1071 de 2006-¹¹; al pago retroactivo a la Caja de Compensación Familia e, indemnización establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no afiliación al Fondo Nacional del Ahorro ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías, entre otros aspectos, tal como fueron deprecadas en el presente caso, que de ser procedentes lo sería **a título de restablecimiento del derecho** como fue precisado en la sentencia unificadora.

Por lo anterior, estos aspectos deberán ser abordados por esta instancia, como en efecto se ha hecho en otros procesos.

b). Los aportes realizados al sistema de seguridad social en salud son imprescriptibles?, o, por el contrario, también están sujetos a esta institución procesal?.

Para tal efecto se harán las siguientes consideraciones:

En sede constitucional, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, en sentencia del 15 de diciembre de 2015¹², indicó:

“ Lo anterior, pues en el caso *sub examine* es dable concluir que si bien la existencia de un contrato realidad, de conformidad con las variantes jurisprudenciales, no desplaza el deber de reclamar los derechos del mismo dentro de un plazo razonable, no es menos cierto que existen garantías que son de orden público y que, como tal, se encuentran excluidas de ser afectadas por el fenómeno de la prescripción, tal y como ocurre con los aportes al sistema de seguridad social, **tanto en salud** como en pensiones, que se ocasionen en virtud de la sentencia que declare, en esos términos, la primacía de la realidad sobre las formas¹³.

Así las cosas, observa el Despacho que se ha dicho que *los aportes al sistema de seguridad social en salud*, “por constituir *garantías que son de orden público tienen naturaleza*

¹¹ El cual es diferente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reguladas por la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia y, a quienes se acogieron a este; ley que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que a su vez remite en su artículo 1º a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990. Ver Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, de 25 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), Consejero ponente: LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

¹² Radicado 11001-03-15-000-2015-03049-00, Consejero Ponente, ALBARTO YEPES BARREIRO.

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Expediente No. 11001-03-15-000-2014-02112-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

imprescriptible” y, que las discusiones atinentes a los contratos realidad, también *“el deber de capitalizar el sistema de seguridad social con el aporte que deviene de su fuerza productiva, pues, en virtud del principio de solidaridad, su actividad profesional denota una contribución para la financiación de las cuentas que prodigan la cobertura de las contingencias derivadas de esta garantía superior”*.

Sin embargo, se dirá en forma respetuosa, que el anterior criterio de imprescriptibilidad debe comprenderse en armonía con la interpretación que la Honorable Corte Constitucional, como máximo guardián de la Carta, el cual ha indicado que los **aportes para salud**, tienen **NATURALEZA PARAFISCAL** y, por ende, el cobro coactivo de estos, **también está sujeto al fenómeno prescriptivo** según lo establece el Artículo **817 del Estatuto Tributario**, como sigue.

“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO

Art. 817. Término de prescripción de la acción de cobro. -Aparte subrayado Modificado-

La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.”

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 1066 de 2006, al modificar el 817 precitado, indicó:

“**ARTÍCULO 8o.** Modifíquese el inciso 2o del artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

“La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, y será decretada de oficio o a petición de parte”

Por último, el artículo 53 de la Ley 1739, establece:

“**ARTÍCULO 53.** Modifíquese el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional el cual quedará así:

“Artículo 817. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte”.

Que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-711 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería también reconoció que **los aportes a salud y a pensiones son de naturaleza parafiscal, y analizó sus características en sentencia C-711/2001, y C-155 de 2004**, precisando que “los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, con independencia de la denominación que se les dé, ***son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global... del Sistema General de Seguridad Social***, por lo que se entiende que estos recursos tienen como naturaleza jurídica **el ser una contribución parafiscal**.¹⁴

La propia jurisdicción contenciosa, no ha sido ajena al criterio de prescripción **quinquenal** de dichos aportes, ya que por ejemplo, en sentencia del 30 de julio de 2004 la Sección Cuarta¹⁵

¹⁴ Ver entre otras CSJ Laboral, rad. 41958, 5 Jun. 2012., M.P. Dr. Tarquino que reitera lo considerado en la CSJ Laboral, rad. 34270, 22 Jul. 2008; las sentencias con rad. 31063 de 2008, rad. 41023 de 2011; y la sentencia T -714 de 2011.

¹⁵ Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, radicación número: 25000 23 27 000 2001 01454 01(13392).

indicó que la “**prescripción para el cobro de aportes al ISS - es de cinco años contados a partir de su exigibilidad conforme a las normas del Estatuto Tributario.**”

b.1. Conclusiones.

Analizada la precita normativa y jurisprudencia -sin perjuicio de las acciones de cobro coactivo que pudieran adelantar los respectivos entes de previsión social frente a los aportes de salud y pensión- se puede concluir básicamente lo siguiente, frente a los aportes para salud:

1. Que los **aportes para salud son de naturaleza parafiscal** y, precisamente por tener tal naturaleza, **están sujetos al fenómeno prescriptivo.**

2. Que no obstante lo anterior, **uno es el término de prescripción** de los derechos salariales y algunas prestaciones, como ya fue indicado, **pero, otro es el término prescriptivo –especial-** de los aportes para salud, esto es de 5 años contados a partir de los eventos relacionados en el artículo 817 del Estatuto Tributario y en el artículo 53 de la Ley 1739 que lo modificó, y para el caso, contados a partir de la finalización del vínculo contractual.

3. Que de aceptarse la tesis de imprescriptibilidad de los aportes **para salud** indicado por el H. Consejo de Estado –criterio respecto del cual entendemos coherente con lo establecido por la H. Corte Constitucional- surgiría indefinidamente y en forma imprescriptible la acción de recobro entre empleadores y entes de previsión social, lo que pondría en riesgo no solo los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sino además vulneraría los principios constitucionales (art. 28) de imprescriptibilidad y de prohibición de penas o sanciones irredimibles, dentro de las cuales no pueden escapar las sanciones civiles y/o tributarias).

4. Que la tesis de imprescriptibilidad contradice la naturaleza y características de dichos aportes, los cuales revisten especiales características decantadas por la H. Corte Constitucional en diversas sentencias, entre estas, su observancia obligatoria y afectación para empleadores y empleados; el beneficio del monto revierte exclusivamente en el sector empleadores y empleados y, su **naturaleza de contribución parafiscales de destinación específica.** Por otro lado, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también **a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social.**

5. Las altas cortes¹⁶, han aplicado la tesis denominada "***purga de la mora***" respecto de los aportes **para salud** y pensión, ello para salvaguardar los derechos pensionales, **estos sí imprescriptibles**, de los trabajadores, por cuanto estos no tienen el deber jurídico o la carga de pagar a los entes de previsión dichos aportes, cuyo pago le corresponde a los empleadores, previo descuento al trabajador de la proporción legal que le corresponda, de un lado y por otro, a las administradoras o receptoras de dichos aportes a través del cobro coactivo.

Sin embargo, hay que resaltar que en los casos de Contrato Realidad, lo que se persigue en síntesis es desvirtuar una situación jurídica que subyace una vez sea declarada su existencia, y por ello, resulta imposible para los respectivos entes de previsión social conocer tal hecho.

Por ende, es a partir de la ejecutoria de la sentencia de declaratoria del Contrato Realidad- que se conocer el derecho a subrogar la obligación de cobro de los entes de previsión a hacerse acreedores de los aportes que les adeuden por concepto de salud, pues no se puede olvidar que por virtud del Código Civil los contratos son ley para las partes (art. 1602), y surten efectos entre estas, sin que puedan afectar a terceros en razón al principio de "***Res inter alios acta***".

Por ello, este juzgado mantiene el criterio adoptado últimamente respecto de la prescripción de los pluricitados aportes para salud, en materia de contratos realidad, con los matices expuestos.

c. De la prescripción de los derechos respecto de la devolución de los aportes parafiscales en salud, reclamados.

Precisado lo anterior, como fue admitido por la demandada que el vínculo contractual alegado tuvo su **inicio en diciembre del año 2000** con el ISS y **finalizó el 3 de septiembre de 2007 con la extinta E.S.E. L.C.G.S.**, el término especial de **5 años** contado a partir del día siguiente, venció **el 4 de septiembre de 2012** y, al haberse petitionado la devolución de lo pagado de más por aportes de salud en las fechas indicadas ut supra que rebasaron dicho término, operó igualmente el fenómeno prescriptivo frente a los aportes en salud y así será declarado.

Ahora bien, como en armonía con la Sentencia de Unificación precitada, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, *no prescriben, no están sujetos al fenómeno de la*

¹⁶ Ver por ejemplo la sentencia C-254-04.

caducidad de la acción, como tampoco al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y, en todo caso el juez debe pronunciarse sobre este aspecto, así no haya sido peticionado en sede administrativa, ni pretendido en sede judicial; se hace necesario analizar si en el presente caso se estructuró el contrato realidad que se demanda.

4. Régimen legal aplicable.

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, disponen:

“ARTICULO 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. (...)

ARTICULO 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.”

Por su parte el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 señala que de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo, y empleos temporales. Adicionalmente, los trabajadores oficiales se vinculan con el Estado a través de contratos de trabajo.

Adicionalmente los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo prevén que:

“ARTICULO 22. DEFINICIÓN.

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Subrogado por el art. 1, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

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

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

De otra parte, en relación con los contratos de prestación de servicios, su definición está contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*"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 conocimientos especializados.** En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."*

Luego la vinculación con el Estado puede darse, en principio, en virtud de una relación legal y reglamentaria para los empleados públicos; los trabajadores oficiales se vinculan mediante contrato de trabajo y, los contratistas lo hacen a través del contrato estatal de prestación de servicios.

En relación con los contratos de prestación de servicios la Corte Constitucional ha establecido parámetros que permiten determinar ese tipo de contratos¹⁷, señalando que (i) esa modalidad no puede comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente; (ii) la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato y; (iii) no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste **quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado** y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

En la misma providencia la Corte se ocupó de matizar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, de la siguiente forma:

¹⁷ Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-1430, Sentencia C- 154 del 196 de marzo de 1997, M.P: Dr. Hernando Herrera Vergara.

“El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del “contratista convertido en trabajador” en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.”

En providencia posterior la Corte Constitucional¹⁸ determinó los criterios que permiten establecer o diferenciar lo que constituye una actividad permanente, al precisar que:

*“(…) la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) **al criterio funcional**, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) **al criterio de igualdad**, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) **al criterio temporal o de habitualidad**, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) **al criterio de excepcionalidad**, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) **al criterio de continuidad**, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, **la verdadera relación existente es de tipo laboral.**”*

De lo anterior resulta claro que si bien el ordenamiento legal permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión de las entidades públicas, esta modalidad de contratación no debe servir de *cortina* para disfrazar una auténtica relación de carácter laboral, pues de ser así, surgen, en forma inmediata, los derechos para el contratista de acceder al reconocimiento y pago de los derechos y prerrogativas propios de una relación laboral, especialmente en aquellos casos en los cuales se trata de atender

¹⁸ Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-8666, Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

actividades consustanciales al giro ordinario u objeto social del ente contratante; es decir para suplir necesidades administrativas permanentes, necesarias e indispensables para la consecución de sus fines. Obsérvese que respecto de la evasión de la vinculación legal pertinente, el Consejo de Estado ha dicho¹⁹, que *“Debe advertirse, que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasión para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas en este caso el servicio de salud”*.

5. Consideraciones del caso concreto.

Analizado el recaudo probatorio recolectado, la declaración de parte y testimonios practicados, y contrastados con las contestaciones de la demanda, especialmente la certificación expedida por la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO –EN LIQUIDACIÓN – LIQUIDADOR FIDUAGRARIA a folio 142; el Despacho encuentra acreditado, que el Doctor JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN inició sus labores contractuales con el ISS para el mes de diciembre de 2000 y los finalizó con la extinta E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, el 3 de septiembre de 2007, lapso durante el cual celebró, entre otros contratos, el 883 del **23 de abril de 2001** hasta el **23 de julio de 2001** (fl. 120); contrato 3951 del **2 de noviembre de 2001** –fecha de disponibilidad presupuestal- hasta el **30 de noviembre de 2001** y, contrato 610 del **1 de marzo de 2002** hasta el **30 de noviembre de 2002**. Igualmente, en la mencionada certificación del folio 142, se admite que celebró a partir del **1 de julio de 2003 y hasta el 3 de septiembre de 2007**, los contratos y prorrogas 15426; 01272-04, 04806-04, 07011-04, 09395-04, 10884-04, 00987-05, 02497-05, 04711-05, 06224-05, 08652-05, 11109-06, 13985-06, 14582-06, 15012-06, 19170-06, 01847-07 y, 4508-07, que junto a las adiciones y prorrogas asciende a la totalidad de **21 contratos de prestación de servicios**, con la precitada extinta entidad, desarrollando actividades de MÉDICO ESPECIALISTA GINECOOPSTETRA, sin que las entidades demandadas hayan advertido y acreditado probatoriamente, que durante el referido lapso existió alguna interrupción considerable entre la terminación de un contrato y la adición o celebración del siguiente.

También resultan relevantes las fotocopias de desprendibles de pago a favor del actor, durante los meses de mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre de 2001, aportados a folios 143 a 145.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 2008-00344, sentencia del 1º de marzo de 2012.

Que revisados los precitados contratos y sus prorrogas o adiciones, se pudo verificar que el **objeto principal** consistió en realizar las siguientes actividades, según se desprende del contrato 610: "OBJETO: EL CONTRATISTA conservando su autonomía, se compromete para con el INSTITUTO a prestar sus servicios como MÉDICO ESPECIALISTA GINECOOBSTETRICIA, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER. SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA se obliga a: 1º) prestar sus servicios personales intrainstitucionalmente de acuerdo con las Normas propias de su profesión, actividad u oficio. 2º) EL CONTRATISTA REALIZARÁ las gestiones profesionales o actividades encomendadas respetando las normas y reglamentos del Instituto, conservando total autonomía y sin subordinación alguna o dependencia con EL INSTITUTO 3) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por EL INSTITUTO, para la ejecución de las actividades convenidas, a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados y a devolverlos al Instituto a la terminación del presente contrato 4) EL CONTRATISTA se compromete a guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular, y responderá patrimonialmente por los perjuicios que se divulgan y/o utilización indebida por sí o por un tercero cause a la administración o a terceros 5) EL CONTRATISTA tendrá el deber de colaborar con la entidad en el logro de sus fines y cumplir una función social que como tal implica obligaciones 6) EL CONTRATISTA obrará con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entrabamientos que puedan presentarse 7) Cumplir las demás obligaciones inherentes al contrato. OBLIGACIÓN ESPECIAL DEL CONTRATISTA. Para la ejecución del presente contrato el CONTRATISTA deberá acreditar afiliación y/o cotización a los sistemas obligatorios de Seguridad Social en Salud y Pensiones, de acuerdo con el artículo 282 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los Decretos 692 de 1994, 2150 de 1995, 806 de 1998 y 047 de 2000. Adicionalmente, EL CONTRATISTA en los primeros 15 días de cada mes de ejecución del contrato suscrito, deberá acreditar ante su supervisor contractual, las respectiva cotización a los sistemas de seguridad social anteriormente mencionados, cuando el plazo del contrato sea superior a tres meses."

Igualmente en el Contrato 10884-4 se indicó: "OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con la empresa a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en la carta oferta presentada por el contratista, además de responsabilizarse del inventario que le asigne la Empresa para el desarrollo de sus obligaciones; mantener la debida reserva y dirección de los asuntos que conozcan en razón de sus actividades; manejar adecuadamente los elementos que la empresa le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato, cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el supervisor del contrato; cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores de conformidad con la programación establecida por la Empresa." (fl. 106).

En el mismo sentido en el contrato 4806-04, se indicó como OBJETO: "EL CONTRATISTA se obliga para con la EMPRESA a **prestar sus servicios personales de conformidad con lo manifestado en su oferta** que hace parte integral del presente contrato y cumplirá oportunamente con los informes sobre el desarrollo de las actividades por él ofertadas ante el SUPERVISOR del contrato de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento."

Que dada la prolongación de los pluricitados contratos, y su prorroga sin interrupción, permite inferir que para el desempeño de las funciones contratadas, la entidad debió crear el cargo de MÉDICO ESPECIALISTA GINECOOBSTETRICIA, como lo establecen las disposiciones legales y la línea jurisprudencial alegadas por la parte actora.

Tampoco la entidad demandada desvirtuó el interrogatorio de parte practicado al actor, Doctor JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN ni, los testimonios de los médicos LUÍS FERNANDO RODRÍGUEZ REYES, LUCIO GUERRA GALUE y, HECTOR FABIO LIZCANO SUPELANO,

decretados y practicados en audiencia del 25 de mayo de 2017, en la que depusieron lo que les constó durante el lapso contractual, como testigos presenciales de los hechos que narraron.

Tanto el interrogatorio como los testigos, gozan de credibilidad bajo los principios probatorios de la sana crítica, dado que tuvieron conocimiento directo de los hechos debatidos en este proceso, por haber sido compañeros de turnos y labores del actor *durante el lapso en que les constó a cada uno*, no fueron tachados, ni sus afirmaciones fueron controvertidas por la parte demandada. Además, al considerar de forma global el complejo probatorio, tanto testimoniales como documentales, los dicho por ellos son coincidentes y convergen a una similar ratificación, y permiten concluir que al unísono aseguraron **que la vinculación del actor conllevó una prestación personal de carácter permanente, bajo continua subordinación y dependencia, recibiendo a cambio una remuneración mensual**, con el la EXTINTA E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, la cual prácticamente tuvo su inicio en forma concomitante con la escisión del ISS y la creación de varias E.S.E., entre estas la L.C.G.S, dispuesta mediante el Decreto 1750 de junio 26 de 2003 "Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado".

Igualmente, al revisar la normativa que define la naturaleza de las E.S.E. y el manual de funciones de planta aportado, no solo se puede verificar que las funciones asignadas y desempeñadas por el demandante en su condición de MÉDICO ESPECIALISTA GINECOOBSTETRA, sin lugar a dudas corresponden a la **misión y objeto social de la entidad demandada**, sino además, **que sin la ejecución continua e ininterrumpida de tales deberes resultaría alterado el normal desenvolvimiento del objeto misional de la E.S.E.**

En efecto, de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 2º del Decreto 1750 de 2003, la E.S.E. L.C.G.S se define como "Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son: 4. Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento."

Y el artículo 3º del mismo ordenamiento, señala que "*Las Empresas Sociales del Estado creadas en el artículo anterior tienen por objeto la prestación de los servicios de salud, como*

servicio público esencial²⁰ a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social, en los términos del artículo 194 de la Ley 100 de 1993."

De otro lado 4º señala como funciones generales las siguientes: "En desarrollo de su objeto, las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto cumplirán las siguientes funciones: 1. Prestar los servicios de salud de baja, mediana y alta complejidad dentro de los parámetros y principios señalados en la Ley 100 de 1993, y demás disposiciones legales y reglamentarias que la modifiquen o adicionen; 2 Prestar servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas de acuerdo con la reglamentación vigente; 3. Celebrar los contratos que requiera la entidad para la prestación eficiente y efectiva de los servicios de salud; 4. Prestar en forma oportuna los servicios de consulta, urgencias, hospitalización, procedimientos quirúrgicos, programas de promoción y mantenimiento de la salud a los usuarios; 5. Asociarse para la compra de insumos y servicios, vender los servicios o paquetes de servicios de salud; 6.²¹ Contratar con las personas jurídicas constituidas por sus ex funcionarios o en las que éstos hagan parte que hubieren salido como consecuencia de procesos de reestructuración en la entidad, para permitir la correcta prestación del servicio de salud, de conformidad con los parámetros fijados por la Junta Directiva; 7. Garantizar mediante un manejo gerencial adecuado, la rentabilidad social y financiera²² de la Empresa Social del Estado; 8. Garantizar los mecanismos de participación ciudadana y comunitaria establecidos en las disposiciones legales vigentes; 9. Proveer información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios respecto de sus deberes y derechos en lo concerniente a la prestación del servicio de salud y, 10. Las demás que de acuerdo con su naturaleza y funciones le sean asignadas conforme a las normas legales."

El artículo 49 de la Constitución Política, prevé que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Luego atendiendo la regulación aludida anteriormente, es claro que la prestación del servicio de salud **es una actividad permanente** prestada, entre otras entidades por las empresas sociales del Estado, dado que dicha actividad constituye su objeto social primordial.

²⁰ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-559 de 2004.

²¹ Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-559 de 2004, en el entendido que los contratos que se celebren con estas personas jurídicas deben someterse a los principios de transparencia y selección objetiva.

²² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-559 de 2004, en el entendido que los argumentos financieros no justifican negarse a prestar eficiente y oportunamente el servicio de salud debido a los afiliados y beneficiarios sin necesidad de acudir a la acción de tutela.

Así las cosas, de lo probado en el proceso, salta a la vista que los servicios prestados por el actor **JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN** al extinto ISS y la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO (hoy liquidada), debieron ser cumplidos personalmente, al punto que el propio actor al ser interrogado por la parte solicitante de dicha prueba, indicó a la hora 9:57 a.m. de la audiencia, entre otros aspectos que inició su relación contractual en el mes de diciembre de 2000 y la finalizó hasta aproximadamente abril o mayo de 2008, sin interrupción alguna y haciendo la transición para la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO a partir de la escisión del ISS y la creación de aquella a través del **Decreto 1750 de 2003**, versión que en buena medida fue ratificada por los testigos Dr. **LUÍS FERNANDO RODRÍGUEZ REYES**, al afirmar que **“conoce a Jaime desde su ingreso al ISS como en el año 2000, y desempeñaron sus labores como durante 8 años más o menos y, por el testigo Doctor LUCIO GUERRA GALUE quien afirmó que: “Que hacia el año 2000 se conocieron cuando ingreso al ISS San Pedro Claver, donde el testigo ya laboraba, e incluso JAIME a pesar de haber estado como contratista, fue también coordinador; que JAIME fue el único coordinador como contratista; y por el testigo Doctor HÉCTOR FABIO LIZCANO SUPELANO indicó que: “Que conoce al Doctor Jaime desde cuando fue egresado residente en el Materno Infantil, y luego fueron compañeros de trabajo en la Clínica San Pedro Claver; que el testigo entró desde el año 1991 en la San Pedro y el actor, ingresó aproximadamente en el año 2000.**

Es por ello, que la permanencia continua en su lugar de trabajo por parte del actor y, el cumplimiento riguroso de un sin número de funciones que dada su naturaleza resulta imposible cumplir a distancia y, por el contrario, exigen la presencia constante del servidor, desdibuja el elemento de la no subordinación que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, esto es, ***desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.***²³

También resulta ser prueba indiciaria la forma de contratación atemporal y por un periodo permanente acreditada a través de los contratos aportados al proceso y la certificación expedida por la E.S.E LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, LIQUIDADOR FIDUAGRARIA aportada a folio 142, que dista de ser transitorio o esporádico, para realmente señalarse que

²³ Ver Sentencia H. Consejo de Estado, 4 de febrero de 2016, radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), **ARENAS MONSALVE**.

fue una prestación personal, prolongada y permanente que en relación al sistema de salud demanda atención continua y permanente por parte del Estado.

Que el precedente judicial de la H. Corte Constitucional; del H. Consejo de Estado en materia de "contrato realidad" es unánime y coincidente al considerar que el contrato de prestación de servicios **no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización**, por lo que en el presente asunto la administración en el área de medicina utilizó dicho contrato para ocultar, o simular una verdadera relación laboral.

Por lo anterior, el Despacho no comparte los planteamientos esgrimidos por las demandadas al insistir, con fundamento en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 80 de 1993, pues lo que deja en evidencia el complejo probatorio es que no se trató del cumplimiento de unas funciones transitorias o **contingentes**, siendo las desempeñadas por el actor propias de la extinta E.S.E. y afines a su misión, máxime cuando para el caso no es razonable hablar de una actividad "*temporal*" **de más de 4 años, lapso transcurrido entre diciembre de 2000 cuando inició sus labores contractuales con el ISS y finalizó con la extinta E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, el 3 de septiembre de 2007, acorde con lo probado. Aunque el actor afirmó en la declaración de parte, minuto 9:57 a.m., que finalizaron sus labores aproximadamente para abril o mayo de 2008, no fueron aportadas otras probanzas que permitieran corroborar dicha versión.**

Téngase en cuenta que lo advertido por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 401 de 1998 en la que si bien se refirió al personal supernumerario, indicó que "*La relación laboral a la que se refiere la norma impugnada, esto es la que celebra la Administración con las personas que vincula como supernumerarias, reviste un carácter eminentemente temporal. Si dicho elemento no está presente de hecho, es decir si la realidad demostrable indica que la relación establecida entre el servidor supernumerario y la Administración no es temporal sino permanente, el juez competente que juzgue el caso particular tendrá facultad para derivar las consecuencias que en materia prestacional deben reconocerse.*"

A su turno, el H. Consejo de Estado, aunque en materia de Ley 50 de 1990, también ha indicado que "(...) **no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del**

objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública."²⁴ Negrillas del Juzgado.

Así las cosas, el Juzgado encuentra demostrados los tres elementos que son de la esencia del contrato de trabajo, por cuanto las actividades desempeñadas por la demandante implicaron una **prestación personal de carácter permanente**, bajo **continuada subordinación y dependencia**, y una **remuneración** a cambio de la prestación de dichas funciones desarrolladas entre **diciembre de 2000 hasta el 3 de septiembre de 2007** y, por contera, queda desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados debiéndose acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, esto es, **únicamente respecto de los aportes para pensión dado su carácter imprescriptible como fue indicado en la sentencia de unificación citada**, siendo procedente aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 Superior.

En consecuencia y, sin que sea necesario el análisis de otras pruebas, o efectuar otras consideraciones, se impartirán las siguientes declaraciones y condenas:

1). De la prescripción trienal del derecho

Con excepción de lo dicho respecto de la **imprescriptibilidad de los aportes pensionales**; como la relación contractual finalizó el **3 de septiembre de 2007** y la petición administrativa fue radicada ante las demandadas el **12 y 13 de noviembre de 2012**, se declarará la **prescripción del derecho respecto de todos los demás factores salariales y prestacionales demandados y conciliados que se hayan causado, con anterioridad al 3 de septiembre de 2010**, por cuanto no se debe olvidar que acorde con lo establecido en el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en el numeral 2º del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, **pero solo por un lapso igual**.

2) Se declarará la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos:

a). Del Oficio 2012EE00105863 de Noviembre 19 de 2012 con el cual **Fiduprevisora S.A.**, dio respuesta a la reclamación elevada ante ellos en Noviembre 13 de 2012, **b). Del Oficio No. 2-2012-042881** de Noviembre 22 de 2012 con el cual el Ministerio de Hacienda y Crédito

²⁴ Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

Público dio respuesta a la reclamación radicada con **No. 1-2012-077409, c) del Acto Ficto o presunto** en que incurrió el ISS-EN LIQUIDACIÓN el **13 de febrero de 2013**, al no dar respuesta a la reclamación elevada ante ellos **S/N** de Noviembre 13 de 2012 y, **d) del Acto Ficto o presunto** en que incurrió el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL el **13 de febrero de 2013**, al no dar respuesta a la reclamación elevada el 13 de 2012.

Lo anterior, por haber sido expedidos con desconocimiento en las normas en que deberían fundarse, esto es, los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 3, 10, 102 y 103 de la Ley 1437 de 2011, y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y, por contera, negó al demandante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral que existió entre el Médico Especialista en Ginecoobstetricia, Doctor JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN, a partir de diciembre de 2000 hasta el 3 de septiembre de 2007.

Por contera, se ordenará a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – VOCERA DEL P.A.R. DE LA E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO; al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (este ministerio acorde con las competencias y razones expuestas por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 26 de octubre de 2016) y, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (éste último, acorde con las competencias indicadas a la hora de resolver la excepción de falta de legitimación en la causa); devolver al actor, **únicamente** los aportes que realizó **de más para pensión**, esto es, en la proporción que le correspondía realizar a la entidad contratante, debidamente indexados, para lo cual se debe atender la naturaleza de las funciones desempeñadas por el demandante, el valor de los contratos suscritos y el tiempo de ejecución de los mismos.

Para efectos de la mencionada indexación, se deberá dar aplicación a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de las diferencias mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada periodo en que haya causado el derecho o el pago de más por parte de la demandante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, sin perjuicio de que los Entes de Previsión Social en Salud y Pensión respectivos, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, puedan exigir por virtud de esta providencia y en el término prescriptivo establecido por el Artículo 817 del Estatuto Tributario y sus modificaciones, los aportes a que consideren tener derecho.

No obstante, el Despacho aclara que el hecho de haberse demostrado la existencia de una relación laboral, ello no convierte *per se* al demandante en empleado público, pues para tal fin es indispensable que haya mediado un nombramiento, adelantar la posesión y contar con la respectiva disponibilidad de recursos tal como lo prevé el artículo 122 de la Constitución Política, sin que ello implique el desconocimiento del derecho que le asiste a la demandante a la devolución de los aportes precitados.

b. Prescripción quinquenal. (Art. 817 del Estatuto Tributario)

Tal como quedó esbozado, como la relación contractual finalizó el **3 de septiembre de 2007** y la petición administrativa fue radicada ante las demandadas el **12 y 13 de noviembre de 2012**, se declarará la **prescripción quinquenal** del derecho a reclamar los aportes parafiscales que el actor haya pagado de más para salud, demandados y conciliados que se hayan causado, con anterioridad al **3 de septiembre de 2012**, acorde con las normas del ET citadas.

c. De las costas procesales.

No hay lugar a su imposición, dado que acorde con los mandatos del numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso²⁵, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

²⁵ De conformidad con lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto de unificación del 25 de junio de 2014, proferido dentro del radicado No. 25000-23-36-000-2012-

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de **prescripción trienal del derecho**, respecto de todos los demás factores salariales y prestacionales demandados y conciliados que se hayan causado, con anterioridad al **3 de septiembre de 2010**, con excepción de los **aportes para pensión. Acorde con lo expuesto.**

SEGUNDO.- Declarar probada, de oficio, la **prescripción quinquenal del derecho** a reclamar los aportes parafiscales que el actor haya pagado de más **para salud**, demandados y conciliados que se hayan causado, con anterioridad al **3 de septiembre de 2012**. Acorde con lo expuesto.

TERCERO.- Declarar que entre el Doctor JAIME ARIEL TAMOS PINZÓN, el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy liquidado y, la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, existió un contrato realidad de naturaleza laboral, entre el mes de **diciembre de 2000 hasta el 3 de septiembre de 2007**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: a). Del **Oficio 2012EE00105863** de Noviembre 19 de 2012 con el cual **Fiduprevisora S.A.**, dio respuesta a la reclamación elevada ante ellos en Noviembre 13 de 2012, b). Del **Oficio No. 2-2012-042881** de Noviembre 22 de 2012 con el cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta a la reclamación radicada con **No. 1-2012-077409**, c) **del Acto Fictio o presunto** en que incurrió el ISS-EN LIQUIDACIÓN el **13 de febrero de 2013**, al no dar respuesta a la reclamación elevada ante ellos **S/N** de Noviembre 13 de 2012 y, d) **del Acto ficto o presunto** en que incurrió el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL el **13 de febrero de 2013**, al no dar respuesta a la reclamación elevada el 13 de 2012, por cuanto negaron al demandante la devolución de los aportes **que efectuó de más para salud**, con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados entre el mes de **diciembre de 2000 al 3 de septiembre de 2007**. Acorde con lo expuesto.

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

QUINTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – VOCERA DEL P.A.R. DE LA E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO; al MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (este ministerio acorde con las competencias y razones expuestas por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 26 de octubre de 2016) y, al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (éste último, acorde con las competencias indicadas a la hora de resolver la excepción de falta de legitimación en la causa); devolver y pagar de sus **recursos propios** al actor JAIME ARIEL RAMOS PINZÓN, identificado con la C.C. 79.314.771, **únicamente** los aportes que realizó **de más para pensión**, entre el mes de **diciembre de 2000 hasta el 3 de septiembre de 2007**, esto es, en la proporción que le correspondía realizar a la entidad contratante, debidamente indexados, para lo cual se debe atender la naturaleza de las funciones desempeñadas por el demandante, el valor de los contratos suscritos y el tiempo de ejecución de los mismos, teniendo en cuenta para tal efecto los parámetros y directrices descritas en la parte motiva.

Lo anterior, sin perjuicio de que los Entes de Previsión Social en Salud y Pensión respectivos, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, puedan exigir por virtud de esta providencia y en el término prescriptivo establecido por el Artículo 817 del Estatuto Tributario y sus modificaciones, los aportes a que consideren tener derecho.

Para el cumplimiento de esta decisión, las precitadas entidades cooperarán interadministrativamente acorde con sus competencias, tales como facilitarle la información laboral de la actora y demás a que haya lugar.

SEXTO.- Negar las demás suplicas de la demanda.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas a la parte vencida.

OCTAVO.- En firme esta sentencia, **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

NOVENO.- La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Demandadas: Fiduciaria la Previsora S.A., Min -Salud y Min - Protección Social y de Hacienda.

Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA

Juez

Rch