



TEMA	CONTRATO REALIDAD DE ENFERMEROS
RADICACIÓN	73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y OTROS
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

OBEDEZCASE y CÚMPLASE lo dispuesto por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019), por la cual revocó el fallo proferido por este Despacho el treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018), por consiguiente, se procede emitir nuevo pronunciamiento dentro de la acción de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** formulada por la señora **CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO**, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES – COOSERTEP**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo No. O.J. 3202 del 6 de julio de 2009, emitido por la apoderada general del liquidador de la E.S.E POLICARPA SALAVARRIETA, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la demandante, por haber laborado al servicio de esa entidad durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2005 hasta el 15 de septiembre de 2006, sin solución de continuidad.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se declare la existencia de una relación laboral entre la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN y la accionante, vigente entre el 12 de marzo de 2005 y el 15 de septiembre de 2006.

TERCERA: A manera de restablecimiento del derecho, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar todas las sumas de dinero por los factores y conceptos legales causados, discriminados de la siguiente manera:

- ✓ Cesantías e intereses a las cesantías
- ✓ Reajuste salarial
- ✓ Prima de navidad y prima semestral y anual de servicios proporcionales, vacaciones, prima de vacaciones y pago de las vacaciones compensadas
- ✓ Bonificación por servicios
- ✓ Dotaciones
- ✓ Horas extras y recargo nocturno
- ✓ Festivos y dominicales
- ✓ La indemnización por no consignar a tiempo las cesantías y sus intereses

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

✓ La indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria.

CUARTA: Condenar a la parte demandada a reintegrar a la demandante, los dineros por ella invertidos para adquirir las pólizas de seguro.

QUINTA: Condenar a la parte demandada a reintegrar a la accionante, la proporción de los aportes que le correspondía pagar como empleadora del sistema general de seguridad social en salud y pensión y que canceló ésta; de igual forma, el reintegro a la demandante, de los valores descontados por concepto de retención en la fuente.

SEXTA: Condenar a la parte demandada a pagar a la accionante, la suma equivalente a treinta (30) S.M.L.M.V., por los perjuicios morales causados por el trato discriminatorio que recibió respecto de los trabajadores a quienes si se les reconocía la existencia de una relación legal y reglamentaria.

SÉPTIMA: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y finalmente, condenar en costas a la parte demandada (Fls. 65-67 Cuad.1A).

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en los siguientes:

2. HECHOS

PRIMERO: El 16 de marzo de 2005, la demandante fue vinculada laboralmente a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado "Laboramos", para desarrollar actividades de enfermería en la ESE Policarpa Salavarrieta y, sin que mediara solución de continuidad, el 16 de abril de 2005, la misma continuó laborando como enfermera en dicha ESE pero ahora, con la intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado "Visión Uno A".

SEGUNDO: A partir del 10 de octubre de 2005, la demandante continuó prestando sus servicios ante la mencionada ESE, pero en esta ocasión, a través de un contrato de prestación de servicios suscrito directamente con la ESE Policarpa Salavarrieta, el cual se prorrogó con interrupciones hasta el 15 de septiembre de 2006.

TERCERO: La ejecución de los aludidos contratos se verificó de manera personal por la accionante, en calidad de enfermera, cumpliendo horario de trabajo que resultaba igual al del personal de planta; las actividades que como enfermera desarrollaba no estaban bajo su propia dirección sino que siempre las ejercía sometida a las orientaciones de su jefe o supervisor.

CUARTO: La accionante estaba obligada a cumplir con ciertas metas y era sujeto de llamados de atención y orientaciones entre otras; su remuneración no era negociada y se le cancelaba una vez el jefe inmediato certificaba el cumplimiento de lo ordenado en el mes.

QUINTO: La ESE Policarpa Salavarrieta le exigía a la demandante como requisito previo para la contratación, la afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensión, en calidad de trabajadora independiente, así como el pago de pólizas de seguro para garantizar el cumplimiento de sus labores; de igual forma, durante su vinculación laboral para con la ESE, fue afectada con descuentos por retención en la fuente equivalentes al 10% de su remuneración.

SEXTO: La relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la ESE el 15 de septiembre de 2006.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

SÉPTIMO: A partir del 1° de agosto de 2006, la ESE decidió no seguir vinculando a la demandante a través de contratos de servicios sino a partir de diversas figuras lesivas de sus derechos.

OCTAVO: El 19 de mayo de 2009, la demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos con ocasión de la relación laboral sostenida para con la misma, lo cual fue denegado a través del acto administrativo demandado (Fls. 67-75 Cuad.1A).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se indicaron las siguientes normas como vulneradas por el acto administrativo:

- Constitución Política: artículos 13 y 58.
- Ley 80 de 1993: artículo 32.
- Ley 790 de 2002: artículo 17.
- Convenio 111 del 4 de julio de 1958.

Como concepto de violación expuso el apoderado del actor, que la parte accionada ha transgredido la precitada normatividad, al desbordar su facultad en utilizar los contratos de prestación de servicios, no para apoyar la gestión del objeto social que le fue encomendado, sino para desconocer los derechos laborales de los trabajadores.

Finalmente, aduce que la actividad de una enfermera o auxiliar de enfermería que presta sus servicios en una Empresa Social del estado, corresponde a un empleo de carrera administrativa, es decir, que no puede ser desempeñado por alguien que se vincule a través de un contrato de prestación de servicios.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO

La NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a través de apoderado manifestó frente a los hechos, que en su mayoría no le constaban; que se oponía a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones: a) Inexistencia del derecho a indemnización, prestaciones sociales y acreencias laborales; b) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es responsable de las pretensiones reclamadas; c) Prescripción; d) Falta de agotamiento de la vía gubernativa ante este Ministerio; e) No se agotó la conciliación extrajudicial ante este Ministerio f) Caducidad de la acción. (Fls. 157 y ss. Cuad.1A).

4.2. NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

La NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, por intermedio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que en su mayoría los hechos no le constaban y propuso las excepciones que denominó: a) Falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social; b) Falta de legitimidad en la causa por pasiva; c) Inexistencia de la obligación; d) Ausencia del vínculo de carácter laboral y e) La innominada (Fls. 166 y ss. Cuad.1A).

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

4.3. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo de remanentes PAR ESE POLICARPA SALAVARRIETA EN LIQUIDACIÓN, a través de apoderada se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, sostuvo que algunos no eran hechos y otros ciertos y finalmente formuló las excepciones que denominó: a) Ineptitud de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad - conciliación prejudicial dispuesta por el artículo 42 A de la ley 270 de 1996; b) Inexistencia del requisito de procedibilidad de agotamiento de vía gubernativa - reclamación administrativa c) Caducidad de la acción; d) Ilegitimidad de la causa por pasiva de FIDUPREVISORA S.A.; d) ilegitimidad de la causa por pasiva - vinculación de la accionante con las Cooperativas de Trabajo Asociado, Visión Uno, Laboramos y Coosertep; f) inexistencia de causa para demandar; g) No generación de vínculo legal y reglamentario entre la demandante y la ESE Policarpa Salavarrieta hoy Liquidada durante la ejecución de contratos de prestación de servicios; h) Inexistencia de perjuicios e improcedencia de reconocimiento de indemnización frente a las órdenes de prestación de servicios suscritos con la demandante (Fls. 101 y ss. Cuad.1A).

4.4. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES - COOSERTEP

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES - COOSERTEP mediante curador ad litem manifestó frente a los hechos que no le constaban; a las pretensiones que se atenía a lo probado y propuso las excepciones que denominó: a) Prescripción y b) Caducidad (Fls. 208y ss. Cuad.1A).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, se realizaron las siguientes actuaciones:

La demanda fue admitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué mediante auto del 13 de mayo de 2010 (Fls. 93 – 94 Cuad.1A), contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES - COOSERTEP, efectuándose las notificaciones de rigor (Fls. 97 - 100 Cuad.1A).

Las demandadas contestaron la demanda en el término legal, tal como quedó mencionado en el numeral anterior (Fls. 101-119; 157-161; 166-184 Cuad.1A).

Por auto del 30 de septiembre de 2011, se ordenó el emplazamiento de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES – COOSERTEP a través de los medios de comunicación de amplia circulación nacional (Fl. 200 Cuad.1A).

El Dr. JUAN CARLOS SÁNCHEZ ARBELÁEZ, se notificó como curador Ad-litem de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE SERVICIOS OPERATIVOS, TÉCNICOS Y PROFESIONALES – COOSERTEP dentro del proceso de la referencia, contestando la demanda dentro del término legal (Fls. 208-210 Cuad.1B).

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

De las excepciones se corrió traslado por el término de 5 días a la parte demandante quien guardó silencio según la constancia secretarial visible a folio 211 del expediente.

Mediante providencia del 2 de marzo de 2012, se resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes (Fls. 212 – 214 Cuad.1B).

El 6 de julio de 2012, el expediente fue remitido a los Juzgados Administrativos de Descongestión de este circuito judicial, en virtud del Acuerdo PSAA12-9456 del 23 de mayo de ese mismo año, habiendo correspondido su conocimiento al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué, el cual mediante auto del 11 de julio de 2012, avocó su conocimiento (Fl. 252 Cuad.1B).

Posteriormente, se expidió el Acuerdo PSAA15-10363 del 30 de junio de 2015, se suprimió el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, remitiéndose este proceso al Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Ibagué, el cual, por medio de auto del 27 de agosto de ese mismo año, avocó conocimiento (Fl. 305 Cuad.1B).

Por último, mediante Acuerdo PSATA15-103 del 16 de diciembre de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, se dispuso la redistribución de procesos; avocándose conocimiento por parte de éste Despacho judicial, a través de providencia calendada el 18 de febrero de 2016 (Fl. 319 Cdno.1B).

Por auto del 12 de octubre de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 5 días (Fl. 342 del Cuad.1B).

Tanto la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, como el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se ratificaron en lo expuesto en la contestación de la demanda (Fls. 343-349 y 350-352 Cuad.1B).

Por sentencia del 31 de enero de 2018, se declaró probada la excepción de caducidad propuesta por la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Fiduciaria la Previsora S.A. – FIDUPREVISORA S.A. como administradora del patrimonio autónomo de la POLICARPA SALAVARRIETA E.S.E.¹, la cual fue revocada por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, en fallo del 24 de enero de 2019 y ordenando al Juzgado de origen que se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda².

Ahora bien, Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. EXCEPCIONES PREVIAS

Corresponde, en primer término, emitir pronunciamiento respecto de la excepción planteada por la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, a saber:

¹ Fls. 356 - 358 Cuad.1B

² Fls. 406 - 411 Cuad.1B

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

6.1.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. Manifiesta, que la entidad demandada no puede responder por los hechos relaciones objeto de la presente demanda, como quiera que la ESE Policarpa Salavarrieta gozaba de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y, por consiguiente, el Ministerio de Protección Social, no tuvo ninguna relación laboral con la relación laboral con la accionante.

Finalmente señala, que la entidad accionada no tuvo injerencia alguna con la expedición del acto administrativo demandado, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales por haber sido contratista de la ESE Policarpa Salavarrieta.

Ahora bien, frente a ello, es preciso mencionar que de conformidad con lo plasmado por el Doctor Juan Ángel Palacio Hincapié en su libro titulado "*Derecho Procesal Administrativo*", la capacidad para ser parte y para comparecer al proceso comprende dos aspectos: el primero, consistente en la capacidad para demandar o legitimación por activa y el segundo, la capacidad para comparecer como demandado o legitimación por pasiva³.

Con relación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 138 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴ determinan, que la misma se interpone contra las decisiones proferidas por las entidades públicas, cuando se considere que a través de ellas se vulneró un derecho amparado en una norma jurídica.

Ahora bien, frente a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por el apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL se observa que la misma tiene vocación de prosperidad, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 1876 de 1994, las Empresas Sociales del Estado tienen autonomía administrativa y financiera la cual es ejercida conforme a las normas que las rigen; adicional a ello, la tutela gubernamental a que están sometidas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de estas con la política general del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal y particular del sector, y las mismas están adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o Municipal correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, dependencia territorial y reglamentación vigente sobre la materia, sin que en momento alguno se le asigne responsabilidad al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL para ejercer labor de inspección y/o vigilancia sobre las mismas.

Finalmente, se advierte que atendiendo las previsiones del artículo 33 del Decreto 4588 de 2006, el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL en su momento estaba facultado para efectuar la inspección y vigilancia sobre la regulación y condiciones de trabajo desarrollado por los asociados, sin perjuicio de la inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de la Economía Solidaria y las demás Superintendencias de acuerdo con la actividad ejercida por la Cooperativa de Trabajo Asociado (Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada), lo cual no implica *perse* que se encuentre obligado a responder solidariamente por las actuaciones en que aquellas incurran en el ejercicio de su objeto. En consecuencia, acorde con las anteriores consideraciones, este Despacho declarará probada la presente excepción.

³ DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO 7ª EDICIÓN. JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pág. 199.

⁴ "Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

A continuación, corresponde emitir pronunciamiento respecto de las excepciones planteadas por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a saber:

6.1.2. ILEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA O FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Señala la parte demandada, que el agente liquidador de la ESE Policarpa Salavarrieta suscribió contrato de fiducia mercantil No. 65 del 29 de diciembre de 2008 con la Fiduprevisora S.A., en donde se establecieron unos objetivos claros y específicos y, por consiguiente, es ajena a la relación contractual a lo que se refiere en el libelo genitor.

Sobre el tema, el Despacho se remite a las consideraciones de orden doctrinal y legal referidas al momento de efectuar el análisis de la excepción propuesta por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y denominada de la misma manera, concluyendo que de conformidad con los hechos y las pretensiones expuestas en el libelo introductorio, se advierte que de manera eventual recaería responsabilidad en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA HOY LIQUIDADA en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO, y a las que considera tener derecho, por haber ejercido las mismas labores de un empleado de planta, solicitando la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; por ende, al ser la Fiduciaria La Previsora S.A. – FIDUPREVISORA la administradora del patrimonio autónomo de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, sería ésta la entidad llamada a responder en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

En tal sentido, en Sentencia del 14 de febrero de 2013 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expuso lo siguiente:

“En este punto se resalta que según el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 que modificó el Decreto Ley 254 de 2000, cuando se termina el plazo de liquidación de la entidad, se puede celebrar un contrato de fiducia mercantil que comprenda los activos de la liquidación, y el producto de éstos se destina al pago de los pasivos y contingencias de la entidad, pero si al terminar la liquidación todavía hay procesos pendientes contra aquella, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo que administra la fiducia, esto sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.

En el presente caso, el contrato de Fiducia se celebró con Fiduprevisora como consta en el acta final del proceso liquidatorio, quien en principio, al ser la administradora del patrimonio autónomo entraría a responder exclusivamente; sin embargo el Decreto 3751 de 2009 “Por el cual se asumen unas obligaciones y se dictan otras disposiciones” establece que el Ministerio de Hacienda asume el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Rita Arango Álvarez del Pino en liquidación. En este orden de ideas como el liquidador tenía la obligación de incluir los procesos judiciales dentro del inventario de la entidad objeto de liquidación, el presente proceso debió relacionarse entre las contingencias cuando se suscribió el contrato con Fiduprevisora.”⁵ (En negrilla por el Juzgado)

Por consiguiente, el Despacho declarará no probada la presente excepción.

6.1.3. ILEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA – VINCULACIÓN DE LA ACCIONANTE CON LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO VISIÓN UNO, LABORAMOS Y COOSERTEP. Que según lo manifestado en el libelo genitor, la accionante presto sus servicios a varias Cooperativas de Trabajo Asociado y, por consiguiente, no existe ninguna relación laboral entre la señora Cielo Constanza Mahecha y la ESE Policarpa Salavarrieta.

⁵ Radicación No. 17001-23-31-000-2009-00149-01(2380-11).

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

Sobre el tema, el Despacho se remite a las consideraciones de orden doctrinal y legal referidas al momento de efectuar el análisis de la excepción propuesta por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, concluyendo que de conformidad con los hechos y las pretensiones expuestas en la demanda, se advierte que de manera la eventual recaería responsabilidad en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA HOY LIQUIDADA en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO por haber prestado sus servicios en las instalaciones de dicho ente, razón por la cual, sería ésta la entidad llamada a responder en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

Así mismo, en un caso similar al que aquí se debate el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia del 22 de julio de 2013 con ponencia del Dr. Carlos Enrique Ardila Obando, radicado 73001-33-31-009-2008-00-302-02 Interno: 2012-00213, determinó al resolver la excepción denominada de la misma manera y planteada en idénticos términos, que:

“...Respecto a la excepción de ilegitimidad de la causa por pasiva – vinculación de la accionante con las Cooperativas de trabajo asociados LABORAMOS, VISION UNO A, ALIANZA SOLIDARIA Y EMPRESARIA, el a quo consideró que dicha vinculación no excluye la posibilidad de la existencia de una relación laboral surgida con la demandada, estando legitimada en la causa; al respecto la Sala destaca que la demandante prestó sus servicios a la Policarpa a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado Laboramos, Coosertep C.TA, Laboorum, actividades que según varios criterios jurisprudenciales emitidos tanto por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, fueron objeto de intermediación laboral, en razón a que el verdadero empleador en caso de comprobarse los requisitos es la aquí demandada, entonces, no puede alegarse una ilegitimidad en la causa por pasiva, ni tampoco una indebida conformación del litisconsorcio necesario, por cuanto, la responsabilidad del ejercicio en desarrollo del principio de la primacía de la realidad es de quien se determine como el verdadero empleador...”

Por tal motivo, esta instancia judicial declarará no probada la presente excepción.

6.1.4. INEPTITUD DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – CONCILIACIÓN PREJUDICIAL DISPUESTA POR EL ARTICULO 42 A DE LA LEY 270 DE 1996, ADICIONADO POR LA LEY 1285 DE 2005. Informa la accionada, que no se tenga en cuenta la certificación expedida por la Procuraduría Judicial, como quiera que no fue convocada a la audiencia de conciliación y por tal motivo, no se cumplió con el requisito de procedibilidad.

Al respecto, se tiene que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, norma que entro en vigencia el 22 de enero de 2009, expreso lo siguiente:

“Artículo 13. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.” (En negrilla por el Despacho)

De lo anterior, se determina que la Ley 1285 de 2009 señaló que previo a demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, se debe cumplir con el trámite de conciliación como requisito de procedibilidad, ante el agente del Ministerio Público correspondiente.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

En este punto, considera el Despacho que es necesario precisar que si bien es cierto, la Sección Segunda –Subsección A- del Honorable Consejo de Estado ha precisado que, antes de entrar en vigencia el Decreto 1716 de 2009, que reglamentó la Ley 1285 de 2009, no era procedente exigir la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción, también lo es, que frente al mismo tópico, la Sección Tercera de la misma Corporación, que tiene a su cargo, entre otras, el conocimiento de los procesos relativos a reparación directa, ha sido enfática en señalar que dicha exigencia debe hacerse a partir de la entrada en vigencia de la Ley que así lo consagró, cual es la Ley 1285 de 2009, de conformidad con lo expuesto en providencia del 26 de julio de 2012 con ponencia de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, que expuso lo siguiente:

“...De antemano cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, respecto de los asuntos conciliables constituye requisito de procedibilidad de las demandas que se promuevan en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o de las normas que las sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial. Señala la norma:

“ARTÍCULO 13. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:
Artículo Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”.

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008, al efectuar la revisión previa del proyecto que dio lugar a la expedición de Ley 1285 de 2009, respecto de la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableció su conformidad con la Carta Política, descartando la vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Para el efecto destacó el pronunciamiento de esa Corporación en sentencia C-1195 de 2001, en la que se abordó el análisis de constitucionalidad de las normas de la Ley 640 de 2001, oportunidad en la que al respecto se señaló:

“En primer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso administrativa resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera que ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo...”

“7.4. La determinación de los asuntos sujetos a conciliación prejudicial obligatoria en materia contencioso administrativa

“En materia contencioso administrativa, el legislador estableció unas condiciones particulares que reducen la posibilidad de afectación del derecho de acceso a la justicia en esta materia.

En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente.

“En segundo lugar, la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

“Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.

En tercer lugar, la conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de concurrir a la audiencia de conciliación, sino además la obligación de discutir las propuestas de solución que se hagan, salvo que exista justificación para ello, y de proponer fórmulas de solución.

“(…) Por lo anterior, la exigencia del requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa resulta compatible con la Carta (…)” (resaltado por fuera del texto).

De manera que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, que radicó la solicitud ante el Ministerio Público, porque la exigencia tiene que ver con crear la oportunidad y no con que la entidad pública efectivamente cite a las partes, como tampoco con que estas concurren, en cuanto se atiende al resultado.

En consecuencia, se deja en claro que, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial, pues, de no ser ello así, la demanda no podrá admitirse y si no se subsana en tiempo habrá de rechazarse...”⁶

Habiendo efectuado las anteriores acotaciones y acogiendo los planteamientos jurisprudenciales precitados así como la doctrina⁷, según los cuales, a partir de la vigencia de la Ley 1285 de 2009, es obligatoria la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras, y, como quiera que en este caso la demanda fue presentada el 12 de abril de 2010 (Fl. 2 Cuad.1A), es decir, en vigencia de la Ley 1285 de 2009, y no se trata de un asunto de aquellos en los que no procede la conciliación extrajudicial, habrá de señalarse que debía acreditarse el cumplimiento del mentado requisito de procedibilidad, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que lo que pretende la parte accionante, es decretar la nulidad de un acto administrativo, por medio del cual le negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO por haber prestado sus servicios en ESE POLICARPA SALAVARRIETA, razón por la cual, sería ésta la entidad llamada a responder en caso de accederse a las pretensiones de la demanda.

Precisado lo anterior, y una vez verificado que dentro del proceso de la referencia se observa que a folio del 62 existe certificación expedida por el Procurador 105 Judicial I en lo Administrativo, en donde fueron convocados la Nación – Ministerio de Protección Social, ESE Policarpa Salavarrieta y la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Operativos, Técnicos y Profesionales – COOSERTEP y donde señala que ninguna estas compareció a dicha diligencia prejudicial, teniéndose así agotado este requisito de procedibilidad.

Así mismo, cabe precisar por parte de esta instancia judicial, que la Fiduciaria la Previsora S.A., es la encargada de la defensa jurídica del PAR de la ESE Policarpa Salavarrieta, conforme lo preceptuado en el contrato de Fiducia Mercantil No. 065 del 29 de diciembre de 2009.

⁶ No. 25000-23-26-000-2011-00568-01 (43257)

⁷ “Con lo cual a partir de la vigencia de esta nueva Ley -22 de enero de 2009-, previo a demandar en ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, repetición y controversias contractuales, debe cumplirse el trámite de conciliación, el cual se adelantará ante el agente del Ministerio Público correspondiente. ...”. Derecho Procesal Administrativo. 8ª Edición. Juan Ángel Palacio Hincapié. Pág. 879.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

Por consiguiente, este Despacho no declara probada la excepción de ineptitud de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad – conciliación prejudicial dispuesta por el artículo 42 a de la ley 270 de 1996, adicionado por la ley 1285 de 2005.

Finalmente, corresponde emitir pronunciamiento respecto de las excepciones planteadas por la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a saber:

6.1.5. EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO NO ES RESPONSABLE DE LAS PRETENSIONES RECLAMADAS. Informa la parte accionada, que de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 3512 de 2009, la Nación asumió las obligaciones laborales insolutas de la ESE Policarpa Salavarrieta, las cuales hayan sido reconocidas por la entidad liquidada y las mismas se encuentran incorporadas dentro del contrato de fiducia mercantil suscrito entre la ESE Policarpa Salavarrieta y la Fiduciaria la Previsora S.A. Fiduprevisora S.A.

Por otro lado, señala que la ESE Policarpa Salavarrieta en ningún momento ha reconocido a la señora Cielo Constanza Mahecha alguna acreencia laboral.

Al respecto, esta instancia judicial entenderá la presente excepción como falta de legitimación en la causa por pasiva, por tal motivo, se remite a las consideraciones de orden doctrinal y legal referidas al momento de efectuar el análisis de la excepción propuesta por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y el la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., concluyendo que de conformidad con los hechos y las pretensiones expuestas en el libelo introductorio, se advierte que de manera eventual recaería responsabilidad en la E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA HOY LIQUIDADA en cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO, y a las que considera tener derecho, por haber ejercido las mismas labores de un empleado de planta, solicitando la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; por ende, al ser la Fiduciaria La Previsora S.A. – FIDUPREVISORA la administradora del patrimonio autónomo de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, sería ésta la entidad llamada a responder en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tal como fue señalada por el Honorable Consejo de Estado en la providencia anteriormente mencionada.

Por consiguiente, este Despacho declara probada la presente excepción.

6.2. DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

En consideración a que las excepciones propuestas en el presente asunto denominadas (I) inexistencia causa para demandar; (II) la no generación de vínculo legal y reglamentario entre el demandante y la ESE Policarpa Salavarrieta, durante la ejecución de contratos de prestación de servicios y; (III) inexistencia de prejuicios e improcedencia de reconocimiento de indemnización frente a las órdenes de prestación de servicios suscritos con la demandante, tiene relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si el acto administrativo demandado adolece de nulidad, al negar la existencia de una relación laboral entre la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO y la ESE Policarpa Salavarrieta hoy en día patrimonio autónomo PAR ESE Policarpa Salavarrieta administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. – Fiduprevisora desde el 12 de marzo de 2005 hasta el 15 de septiembre de 2006.

Como consecuencia de la anterior declaración, establecer:

a) Si la parte actora tiene derecho al reajuste salarial entre lo devengado como contratista y un empleado de planta del ESE Policarpa Salavarrieta, en el cargo de enfermera; b) al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos: Cesantías e intereses de las cesantías, prima de navidad, prima semestral y anual de servicios proporcionales, vacaciones por el tiempo de servicios prestados, prima de vacaciones, pago de vacaciones compensadas, bonificación por servicios prestados, dotaciones, horas extras y recargo nocturnos, festivos y dominicales, prima de riesgo mensual, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, dotaciones y las demás a que tenga derecho; c) el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y de los intereses de las cesantías; d) derecho a la indemnización por despido injustificado; f) derecho a que se ordene a su favor, la devolución de los aportes al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos profesionales) originados durante el lapso de su vinculación laboral, y h) el reintegro de los valores cancelados por concepto de retención en la fuente.

6.4. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

6.4.1. MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO REALIDAD

En aras de resolver el problema jurídico planteado, se hace preciso determinar en primer lugar, cuáles son las formas de vinculación laboral con el Estado, para así lograr establecer como se produce el ingreso, el ascenso, la estabilidad y la forma de terminación de la relación laboral de aquellos empleados que prestan sus servicios al Estado.

Para empezar se tiene que los artículos 123 y 125 de la Constitución Nacional establecen lo siguiente:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

(...).

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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)."

Se observa entonces, que inicialmente dentro de las categorías de empleados públicos impera el nombramiento en carrera, siendo la excepción, aquellos determinados por un periodo fijo y aquellos efectuados por la figura del libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, la Ley 80 de 1993 contempló en el numeral 3 de su artículo 32 otro tipo de relación con el Estado, esta vez mediante el contrato estatal de prestación de servicios que fue definido así:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...).

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

En relación con dicha forma contractual, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C – 154 del 19 de marzo de 1997 determinó:

"El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual 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.

Al interior del mismo pronunciamiento, dicha Corte efectuó una comparación entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios concluyendo:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”

En sentencia T – 426 del 8 de julio de 2015, la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, reafirma su posición frente a la primacía del principio de la realidad sobre las formas, en relación con el contrato de prestación de servicios así:

“Los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas para los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, tal como las prestaciones sociales, con la finalidad de garantizar la protección en igualdad de condiciones entre quienes realizan la misma función en un tipo de vinculación y otros.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha decantado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral tanto frente a particulares como al Estado, cuando se prueba el cumplimiento de una prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio.

Así las cosas, configurada la relación laboral de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

garantías laborales iguales a las que gozan las personas que cumplen con sus mismas funciones vinculadas de manera regular, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Luego, se garantizan los derechos laborales de quienes han sido vinculados de manera irregular y han prestado sus servicios en igualdad de condiciones a servidores públicos, reconociendo los mismos derechos y acreencias laborales que estos gozan...” (Destacado en negrilla por el Despacho)

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado⁸, ha señalado lo siguiente:

“En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

En este sentido, las entidades pueden suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3. ° de la Ley 80 de 1993, pero tales contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad», figura que se estructura con los elementos de prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración.

Igualmente, la Sección Segunda de ésta Corporación en sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, estableció cuáles eran los elementos de la relación laboral así:

- i. Subordinación o dependencia continuada: se refiere al cumplimiento de órdenes por parte del servidor público en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo,
- ii. Permanencia: le corresponde a la parte actora demostrar que la labor es inherente a la entidad.
- iii. Equidad o similitud, es la pauta de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para aclarar si existió una verdadera relación laboral.

Sin embargo, también precisó la Corporación que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

De todo lo expuesto se extrae que para demostrar la configuración del contrato realidad la parte demandante debe probar la actividad personal, la permanencia, la continua 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, de manera continuada y una retribución del servicio” (Destacado en negrilla por el Despacho).

Entendidos los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, se tiene que para que se configure la existencia de un contrato realidad, resulta como requisito indispensable acreditar los tres elementos propios de una relación laboral, que no son otros que la **prestación personal del servicio, la remuneración respectiva**, y en particular, **la subordinación y**

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de junio de 2018, Radicación No. 76001-23-33-000-2013-00099-01(0402-16), C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

dependencia: de tal modo que se tenga certeza que las funciones desarrolladas por el contratista se hicieron en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, por lo cual de conformidad con el material probatorio allegado, se deberá determinar si efectivamente las funciones desarrolladas por el demandante durante el periodo contractual se ejercieron bajo las condiciones de una verdadera relación laboral.

6.4.2. MARCO JURÍDICO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Tal como lo señala la Ley 79 de 1988, “por medio de la cual se actualiza la legislación cooperativa”, las Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios (Art. 70), definición que es complementada en el Decreto 4588 de 2006, al referir que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, cuyo objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Así mismo, el artículo 6º ibídem establece que las cooperativas de trabajo asociado, “podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final” (Destacado fuera de texto).

A su turno, el artículo 8 indica:

“La Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo.

Si dichos medios de producción y/o labor son de propiedad de los asociados, la Cooperativa podrá convenir con éstos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo.

Si los medios de producción y/o labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial.”

Ahora bien, como quiera que es posible que dicho acuerdo solidario se desdibuje y termine encubriendo una verdadera relación de trabajo, cabe traer a colación lo sostenido por la Honorable Corte Constitucional sobre el particular en Sentencia T-305 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo:

“3.1.1. La Ley 79 de 1988 “por la cual se actualiza la legislación cooperativa”, define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios.

3.1.2. Ahora bien, al analizar una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, la Corte resaltó entre las características relevante de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la fuerza de trabajo que aportan los asociados y la solidaridad en la compensación; respecto a este último punto la providencia en mención sostuvo que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”

En estos términos y acorde con lo señalado en la Ley 79 de 1988 y en la sentencia C-211 de 2000, que determinó la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula en principio por el Código Sustantivo de Trabajo.

3.1.3. No obstante lo anterior cabe aclarar que esta Corporación, también ha precisado que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, “es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa”.

Esta tesis encuentra sustento en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo (...).

(...).

3.1.12. En ese orden de ideas este Tribunal ha precisado, que en caso de que durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa viole la prohibición según la cual, estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia, se debe dar aplicación a la legislación laboral, y no a la legislación comercial o civil, toda vez que bajo tales supuestos fácticos concurren los elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo encubierto por el contrato cooperativo”.

Así las cosas, el uso indebido de la facultad que les confiere el ordenamiento jurídico a las Cooperativas de Trabajo Asociado para contratar con terceros la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, ha ocasionado declaraciones judiciales respecto de la configuración de una verdadera relación laboral al avizorarse la intermediación laboral.

6.5. HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran los siguientes supuestos de hecho relevantes para tomar la decisión respectiva:

1) Certificado del 10 de mayo de 2005, expedido por la Gerente de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO LABORAMOS, a través de la cual hace constar que la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno, laboró como a enfermera en la ESE Policarpa Salavarrieta, en calidad de trabajadora asociada de la Cooperativa, desde el 16 de marzo de 2005 al 15 de abril de 2005 (Fl. 4 Cuad.1A).

2) Certificado del 31 de octubre de 2005, expedido por la Gerente de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO VISIÓN UNO – A, a través de la cual hace constar que la demandante, laboró como a enfermera en la ESE Policarpa Salavarrieta, en calidad de trabajadora asociada de la Cooperativa, desde el 16 de abril de 2005 al 10 de octubre de 2005 (Fl. 5 Cuad.1A).

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

3) Certificado del 25 de junio de 2009, expedido por el Coordinador Talento Humano de la ESE POLICARPA SALAVARRIETA, a través de la cual hace constar que la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno, laboró para dicha entidad a través de la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios (Fl. 3 Cuad. Pruebas parte Dda.).

4) La señora actora prestó sus servicios profesionales a la ESE POLICARPA SALAVARRIETA LIQUIDADA, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios y adiciones⁹:

Contrato de Prestación de servicios y/o OPS	Objeto	Termino	Duración	Solución de continuidad
No.353 de 2005	... se obliga con la empresa a prestar con plena autonomía funcional o administrativa los servicios de Enfermería.	11 - 10 - 2005 Hasta 28 - 10 - 2005	19 días	0
No.685 de 2005	Ibidem.	1 - 11 - 2005 Hasta 30 - 11 - 2005	30 días	2
No. 997 de 2005	Ibidem.	22 - 12 - 2005 Hasta 22 - 01 - 2006	30 días	24 días
No. T0169 de 2006	Ibidem.	23 - 01 - 2006 Hasta 31 - 03 - 2006	2 meses y 9 días	0
No. T0477 de 2006	Ibidem.	01 - 04 - 2006 Hasta 30 - 06 - 2006	3 meses	0
Adición al Contrato °	Ibidem.	1 - 07 - 2006 Hasta 15 - 08 - 2006	1 mes y 15 días	0

5) Cuadros de rotación mensual de turnos desde el mes de mayo, noviembre y diciembre de 2005 y junio de 2007 en los que se observan los diferentes turnos que debía cumplir la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno (Fls. 36-52 Cuad.1A).

6) Derecho de petición del 19 de mayo de 2009, en donde la señora CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO, por intermedio de apoderado, solicitó el pago de los haberes y emolumentos salariales derivados del contrato realidad de los contratos de prestación de servicios por la demandante y la entidad demandada desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 15 de septiembre de 2006 de manera interrumpida (Fls. 31-33 Cuad.1A).

7) Oficio OJ - 3202 del 6 de julio de 2009, suscrito por la Apoderada General Liquidador, a la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno le fue negado el reconocimiento de una relación de laboral con la Empresa Social del Estado, como quiera que la misma, se hizo con base a órdenes de prestación de servicios (Fls. 34 - 35 Cuad.1A).

8) Manual de Funciones de los empleados de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarieta de los años 2004 y 2006 (Fl. 11 Cuad. Pruebas Parte Dte.).

9) Testimonios de las señoras Stella Villegas Narváez y Martha Lucía Ramírez Suarez (Fls. 5 - 9 Cuad. Pruebas Parte Dte.).

6.6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En consideración a lo anterior, este Despacho entrará a establecer si en el presente caso se configuran los elementos propios del contrato realidad entre la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno y la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarieta - Liquidada.

⁹ Fls. 7 - 28 Cuad. 1A y 11 Cuad. Pruebas Parte Dte.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

Cabe señalar por parte de esta instancia judicial, que en relación al cumplimiento de los servicios que brindaba el accionante a la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – Liquidada, si bien es cierto, que la Ley 80 de 1993, permite la celebración de contratos de prestación de servicios cuando la actividad a contratar no pueda llevarse a cabo con el personal adscrito para el efecto, no obstante, ésta sola circunstancia *per se* no tiene la virtualidad de desnaturalizar el objeto de los contratos de prestación de servicio y modificar la relación contractual a una relación estrictamente laboral, por cuanto es indispensable demostrar los elementos inherentes a un contrato de trabajo.

Adicionalmente, de conformidad con los postulados jurisprudenciales anteriormente decantados, es requisito *sine qua non* para el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales a favor del contratista, la acreditación del elemento subordinación y dependencia dentro de la relación contractual. Es así, que dentro del acervo probatorio obrante en el proceso se evidencia que la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno estuvo obligada al cumplimiento de un horario impuesto por la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – Liquidada o por las Cooperativas de Trabajo Asociado y así mismo, ejerciendo las actividades de enfermería, tal como lo señala los contratos de prestación de servicios a los que fue sometida la accionante¹⁰, que dentro de las obligaciones específicas, se determinó:

“... 1. Consulta de control y consejería de planificación familiar. 2. Consulta de control de pacientes hipertensos y diabéticos, 3. Toma de citologías. 4. Consulta de control de crecimiento y desarrollo a niños menores de nueve años de edad, intra y extramural 5. Consulta de control prenatal. 6. Supervisión en vacunación 7. Charla y aplicación de encuesta sobre riesgo cardiovascular, educación a madres gestantes y en general prestar toda colaboración y conocimientos técnicos para la eficaz asistencia de los usuarios 8. Apoyar el programa P y P...”

Así mismo, el Manual de Funciones del año 2006¹¹, señala cuales son las funciones del Nivel Técnico (Formación Tecnológica en administración, recursos humanos, gestión documental, enfermería, rayos X y contaduría):

“1.- Realizar actividades de carácter tecnológico y técnico, con base en la aplicación de los fundamentos que sustentan su oficio.

2.- Colaborar con la orientación y comprensión de los procesos involucrados en las actividades auxiliares o instrumentales.

3.- Participar en la planeación, programación, organización, ejecución y control de las actividades propias del cargo y del área de desempeño.

4.- Comprobar la eficacia de los métodos y de los procedimientos utilizados en el desarrollo de planes y programas.

5.- Adelantar actividades de asistencia técnica, administrativa u operativa de acuerdo con las instrucciones recibidas.

6.- Elaborar cuadros, informes y datos concernientes al área de desempeño

7.- Presentar los resultados y proponer los mecanismos orientados a la ejecución de los diversos programas o proyectos.

8.- Preparar el material y el equipo requerido para el desarrollo y realización de labores del área de competencia.

¹⁰ Fls. 7 – 28 Cuad. 1A y 11 del Cuad. Pruebas Parte Dte.

¹¹ Fl. 4 Cuad. Pruebas Parte Dte.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

9.- Instalar, reparar y responder por el mantenimiento de los equipos e instrumentos del área respectiva y efectuar los controles periódicos necesarios.

10.- Llevar en alto el buen nombre de la institución en el desempeño de todas las actividades diarias.

11.- Cumplir y exaltar los valores corporativos de la empresa.

12.- Preparar y presentar los informes de avances y resultados de gestión que le corresponda.

13.- Mantener y velar por el buen uso de los insumos e inventados de la Empresa que se le pongan bajo su responsabilidad.

14.- Las demás que le sean asignadas de conformidad con la naturaleza de la dependencia."

Lo anterior, también fue respaldado por los testimonios de las señoras Stella Villegas Narváez y Martha Lucia Ramírez Suarez¹², lo cual expresaron lo siguiente:

"... PREGUNTADO: Infórmele al Despacho desde y hasta cuándo Cielo Constanza Mahecha laboró para la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: Laboró desde el 16 de marzo de 2005 hasta el 15 de septiembre de 2006. Tengo conocimiento de esas fechas porque fue cuando ella trabajó con nosotros y que estaba la empresa con la que trabajamos".- PREGUNTADO: Qué cargo desempeñaba Cielo Constanza Mahecha en la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Ella era enfermera jefe igual que yo, éramos compañeras de trabajo".- PREGUNTADO: Por favor manifiéstele al Despacho si Cielo Constanza Mahecha debía o no cumplir un horario de trabajo y si es así, cuál era? CONTESTO: "Sí cumplía un horario de trabajo por turnos de 7 de la mañana a 7 de la noche cuando era de día y de 7 de la noche a 7 de la mañana cuando era turno nocturno, porque siempre tenemos un cuadro de turnos".- PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si Cielo Constanza Mahecha tenía algún jefe o recibía órdenes de alguien durante el tiempo en que se desempeñó como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Sí tenemos un jefe que era el Coordinador de Enfermería, que era la persona que hacía los cuadros de turnos y de la que nosotros directamente dependemos. Creo que era la Jefe Gloria Sepúlveda o la Jefe Yolanda Ramírez".- PREGUNTADO: Si lo sabe, por favor infórmenos qué tipo de órdenes recibía Cielo Constanza Mahecha durante el tiempo que se desempeñó como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta y porqué le consta? CONTESTO: "Pues el cumplimiento de la asistencia de cuadro de turnos y el cumplimiento de todas las funciones que nos asignan como enfermeras del servicio como por ejemplo la administración de medicamentos en horarios establecidos, la entrega y recibo de turno, la supervisión de personal asignado, la atención integral del paciente en estado crítico".- PREGUNTADO: Dígame al Despacho si lo sabe, si Cielo Constanza Mahecha recibió o no llamados de atención durante el tiempo en que se desempeñó como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "No, nunca recibió llamados de atención porque siempre se desempeñó como una buena enfermera, siempre se caracterizó por ser muy responsable, muy querida por los pacientes y por todo el personal de la Institución".-PREGUNTADO: De quién eran los instrumentos, elementos e infraestructura con que Cielo Constanza Mahecha ejercía sus funciones como enfermera de la Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "De la ESE Policarpa Salavarrieta, de la Unidad de cuidados intensivos".- PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si lo sabe, quién pagaba los aportes al sistema de seguridad social de Cielo Constanza Mahecha durante el tiempo que ejerció sus funciones como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Los aportes a la seguridad social se los pagaba la empresa que la tenía contratada, ellas tuvieron varias contrataciones pero una fue COOSERTEP y otra que no recuerdo"... PREGUNTANDO: Atendiendo a que la profesión que nos indique Usted ejerce es la de enfermería y que la aquí demandante también tenía o tiene ese oficio, señale al Despacho cuáles son las actividades o los oficios que desarrolla toda enfermera? CONTESTO: "Pues la

¹² Fls. 5 -9 Cuad. Pruebas Parte Dte.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

atención integral del paciente porque nosotras trabajamos en cuidado crítico, entonces tenemos que atender el paciente y brindarle todas sus necesidades esenciales como son el control de signos vitales, vigilar su estado respiratorio, cardiovascular y toda la atención de un paciente que está en estado crítico, suministrar medicamentos, aspiración de secreciones, cuidados de piel, cambios de posición, además de asistir al médico en la revista, estar pendiente al personal auxiliar asignado, más bien del personal asignado a nuestro cargo".- PREGUNTADO: Para el desarrollo de estas actividades requieren de una coordinación? Contesto: "Sí, claro que sí necesitaos que sea un trabajo organizado, coordinado, para eso casi todos los que trabajamos en esas áreas estamos entrenados para realizar el trabajo bien..." (Declaración de la señora Stella Villegas Narváez Fls. 6-7 Cuad. Pruebas Parte Dte.).

"... PREGUNTADO: Desde y hasta cuándo Cielo Constanza Mahecha laboró para la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "El 16 de marzo de 2005 al 15 de septiembre de 2006".- PREGUNTADO: Porqué razón se acuerda de éstas fechas en forma tan precisa? CONTESTO: "Porque yo también trabajé en ése época", PREGUNTADO: Informe al Despacho qué cargo desempeñaba Cielo Constanza en la ESE Policarpa? CONTESTO: "Enfermera en la parte asistencial en el servicio de urgencias, en cuidados intensivos". PREGUNTADO: Manifieste al Despacho, si lo sabe, si Cielo Constanza Mahecha debía o no cumplir un horario de trabajo y si es así cuál era? CONTESTO: "Sí, la señora Cielo Constanza cumplir un horario, de 7 de la mañana a 7 de la noche o de 7 de la noche a 7 de la mañana".- PREGUNTADO: Manifieste al Despacho, si lo sabe, si Cielo Constanza tenía algún jefe o recibía órdenes de alguien durante el tiempo en que se desempeñó como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Sí, el jefe inmediato era la Jefe del Departamento de Enfermería Yolanda Ramírez".- PREGUNTADO: Si lo sabe, podría informarnos cuántas enfermeras de planta o contratadas por otro medio laboraban para la ESE Policarpa en la época en que Cielo Constanza y Usted laboraron para ésta?... CONTESTO: "No recuerdo en éste momento cuántas personas había de planta ni cuantas de contrato" PREGUNTADO: Si lo sabe infórmenos qué tipo de órdenes recibía Cielo Constanza Mahecha durante el tiempo en que se desempeñó como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta y si es así porqué le consta? CONTESTO: "Sí nosotros recibíamos órdenes de la Jefe del Departamento de Enfermería. Cuando teníamos reuniones, cuando nos tocaba charlas educativas, nos tocaba pasar informes mensuales de las actividades que realizábamos".- PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho de quién eran los elementos, instrumentos e infraestructura con que Cielo Constanza Mahecha ejercía sus funciones como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Eran de la Institución, de la ESE Policarpa". PREGUNTADO: Quien pagaba los aportes al Sistema de Seguridad Social de Cielo Constanza durante el tiempo que ejerció sus funciones como enfermera de la ESE Policarpa Salavarrieta? CONTESTO: "Cuando estaba con la ESE Policarpa las pagaba la ESE Policarpa, cuando pasaron por OPS las pagábamos nosotras, OPS es como un salario integral que le pagaban a uno y después nos pasaron por Cooperativa y la Cooperativa misma descontaba lo de la seguridad social".- PREGUNTADO: Quienes daban las órdenes para pasar a Cielo Constanza a laborar a través de Cooperativas? CONTESTO: "No me acuerdo". PREGUNTADO: Con qué cooperativas laboró Cielo Constanza para la ESE Policarpa Salavarrieta si lo recuerda? CONTESTO: "Una Cooperativa Visión 1 A, y no recuerdo más"... (Declaración de la señora Martha Lucia Ramírez Suarez Fls. 8-9 Cuad. Pruebas Parte Dte.).

En relación a los auxiliares de enfermería contratistas de las Empresas Sociales del Estado, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 31 de enero de 2019, con ponencia del Dr. Cesar Palomino Cortes¹³, manifiesto lo siguiente:

"Por consiguiente, consideramos que no le asiste razón al apoderado de la demandada al argumentar que la actividad de auxiliar de enfermería se podía ejercer con autonomía e independencia, pues dichas funciones son de tipo asistencial y no pueden desarrollarse de forma independiente, pues siempre requieren de la directriz de un

¹³ Radicación número: 68001-23-32-000-2012-00555-01(0952-15)

médico o de una jefe de enfermería que indique el procedimiento a ejecutar o el medicamento a suministrar. De tal forma que es imposible que una auxiliar de enfermería sea contratada por prestación de servicios, debido a sus conocimientos especializados, o que se pretenda hacer creer que su trabajado se cumplía con autonomía, toda vez que, como se hizo notar, siempre requiere de un superior que imparta los procedimientos que debe realizar a los pacientes, situación que conlleva a descartar que, tratándose de este tipo de carreras, no puede encubrirse un contrato de prestación de servicios bajo el argumento de los conocimientos especializados o la autonomía e independencia del contratista para la ejecución de sus labores según lo estatuido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y siguiendo las reglas de la sana crítica, esta Subsección concluye que en este caso se manifiesta la existencia de los elementos que caracterizan la relación laboral como son: (i) la **prestación personal** continua y permanente de los servicios por parte de la actora mediante contratos de prestación de servicios; (ii) las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos que supervisaban el desarrollo de las funciones desarrolladas; (iii) el cumplimiento de un **horario de trabajo**, de turnos; (iv), el cumplimiento de funciones que tenían el carácter de **permanentes** en la entidad; (v) el pago de una remuneración por los servicios prestados, (vi) la existencia de una **subordinación** de la actora a la entidad en el cumplimiento de sus funciones.

Por lo tanto, esta Corporación encuentra probado que la prestación de los servicios profesionales por parte de la demandante en la entidad, contó con los elementos de subordinación, dependencia, cumplimiento de un horario, prestación personal del servicio y una remuneración como contraprestación a las funciones ejecutadas, lo cual encontramos acompasado con la permanente necesidad del servicio prestado por la actora y que hacen parte del giro ordinario del centro hospitalario, nos llevan a concluir que, efectivamente, en este caso se trató de esconder una relación laboral tras contratos y órdenes de prestación del servicio." (Destacado en negrilla por el Juzgado).

Frente esta misma situación, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 22 de julio de 2013, con ponencia del Dr. Carlos Enrique Ardila Obando¹⁴, señaló lo siguiente:

"Entonces de las anteriores declaraciones recaudadas en el trámite de la primera instancia, la Sala puede observar la existencia del elemento relacionado con la subordinación, pues éstos dan cuenta que la labor desempeñaba por la demandante estaba sometida a las reglas tanto de horarios, como de directrices señaladas por los directivos, coordinadores o jefe de enfermeros encargados de dicho gestión, pertenecientes siempre a la entidad E.S.E Policarpa Salavarrieta.

Ahora bien, dichas actividades inherentes a la función de la entidad demandada, las cuales fueron contratadas por prestación de servicios profesionales, debían ser actividades que se requirieran en forma temporal, pero, la Sala sin discusión alguna puede observar que se generaron varios contratos de prestación de servicios, órdenes de servicios y requerimientos con cooperativas de trabajo asociado desde la creación de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta en el año 2003 hasta su liquidación en el año 2007, es decir, nunca se presentó esta necesidad en forma temporal, sino, todo lo contrario, era una función de carácter permanente, continúa y directamente ligada con el objeto para lo cual fue creada la E.S.E Policarpa Salavarrieta.

Respecto de la continuidad en el servicio prestado a través de vinculación por contrato de prestación de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P Bertha Lucía Ramírez, en providencia del 22 de julio de 2010, radicación No 1998-03894 (0161-10), planteó:

¹⁴ Radicado número: 73001333100920080030202

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

"En el caso de auto, según obra en el plenario, se suscribieron con el demandante Contrato de Prestación de Servicios, de forma continua e ininterrumpida. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de 24 meses, constituyéndose en un indicio claro de que la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las del Médico General de planta.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del actor se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el Hospital Juan de Dios E.S.E de Segovia (Antioquia), prestando sus servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

En conclusión, quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas."

Conforme a lo destacado en precedencia se evidencia que la situación de la actora se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios, por cuanto se acreditaron todos los elementos constitutivos de la relación laboral y, además, aparece demostrado que el servicio personal de la señora (...) se ejercía cumpliendo funciones de los empleados públicos que ostentaban el mismo cargo y que de igual forma seguía órdenes impartidas por la Coordinadora de piso – Enfermera en Jefe en calidad de superior jerárquico inmediato quien le impartía órdenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, vale decir, el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios se ocultó una relación laboral entre las partes, de tal manera que no queda duda acerca del desempeño laboral de la demandante en las mismas condiciones que lo realizaban los empleados de planta de la entidad demandada, pues incluso debía cumplir un horario de trabajo a través de los turnos asignados por los coordinadores de piso en el área de pediatría, lugar de la E.S.E Policarpa Salavarrieta donde prestó el servicio o funciones.

En el subexamine se pudo verificar efectivamente que las labores adelantadas por la actora no fueron transitorias ni ocasionales, sino que, por el contrario, como lo evidencian las fechas de los contratos con sus correspondientes adiciones, las funciones que le fueron asignadas como Auxiliar de Servicios Asistenciales - Enfermera son de carácter permanente.

Así las cosas, concluye la Sala que no resulta acertado lo expuesto por el a quo al sostener que no existe prueba para comprobar el nivel de subordinación enmascarado en el contrato de prestación de servicios estudiado, por cuanto las pruebas allegadas demuestran, se reitera, que la actora se encontraba bajo dependencia y subordinación no sólo respecto al cumplimiento de horario, sino de órdenes y actividades, sin que de ninguna de las pruebas aportadas se pueda concluir la independencia y autonomía del contratista en el ejercicio de sus funciones, como lo establece claramente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

(...).

Por otro parte, la Sala considera necesario advertir sobre el objeto del litigio que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela 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. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

que en realidad se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar como reparación del daño, los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo”.

De los anteriores pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado y el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima y de las pruebas allegadas dentro del plenario, se logra concluir por parte de esta instancia judicial, que en el presente caso se desvirtúa la calidad del contrato de prestación de servicios, pues se evidencia una subordinación por parte de la accionante, quien en primer lugar debía recibir órdenes del Coordinador de Enfermería, cumplir horarios y realizar las funciones que le eran propias del cargo, como la supervisión del personal asignado, la administración de medicamentos y la atención integral de pacientes en estado crítico entre otras, para el cumplimiento del objeto contractual; y, por consiguiente, recibía una remuneración por el desarrollo de dichas labores, conforme lo acordado en los contratos suscritos entre las partes.

Por otro lado, se encuentra demostrado dentro del proceso de la referencia que la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – Liquidada durante el periodo del 16 de marzo al 10 de octubre de 2005, suscribió contratos con varias Cooperativa de Trabajo Asociados, con el fin de que estas a través de terceros naturales, desarrollaran actividades inherentes propias de las Empresas Sociales del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Por consiguiente, se logra concluir por parte de esta Instancia Judicial, que el objeto de esa relación contractual entre la Empresa Social del Estado y con dichas Cooperativas, era en primer lugar, el desconocimiento del objeto social de las Cooperativas de Trabajo Asociado conforme lo estipulado en la Ley, y en segundo lugar, es el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados al trabajador en la Ley laboral, como quiera que, con la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado Laboramos y Visión Uno A, lo que se pretendió fue la simulación de un vínculo laboral, y disfrazar el elemento esencial de subordinación que existía entre la accionante y la entidad demandada y vulnerando así el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la Carta Magna.

Ante una situación similar, el Honorable Consejo de Estado, expuso lo siguiente:

“Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador - empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.”¹⁵ (Destacado en negrilla por el Despacho).

Por lo tanto, esta instancia judicial observa que dentro del proceso de la referencia se encuentra plenamente demostrado las características y elementos del contrato laboral, suscritos por la señora Cielo Constanza Mahecha Moreno y el Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – Liquidada hoy en día PAP Fiduprevisora S.A. y las Cooperativas de Trabajos Asociados Laboramos y Visión Uno A, como quiera que dentro la vigencia del contrato, no existió por parte del accionante autonomía e independencia. Así las cosas, la parte actora logro demostrar dentro del plenario la existencia de un contrato laboral y no de un contrato de prestación de servicios y, por consiguiente, tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales que aquí se reclaman, desvirtuando así la prosperidad de las excepciones formulada por la entidad demandada denominadas Inexistencia de causa para demandar y la no generación de vínculo legal y reglamentario entre la demandante y la ESE Policarpa Salavarrieta.

Finalmente, cabe destacar por parte de esta instancia, que no se encuentra demostrado, que la accionante haya laborado en la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Operativos, Técnicos y Profesionales – COOSERTEP o que dicha cooperativa haya suscrito contratos con la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta, en consecuencia, se negaran las pretensiones de la demanda, respecto de dicha empresa.

6.7. PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, en relación con el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, cuando se está reclamando la existencia de un vínculo laboral entre las partes, el Honorable Consejo de Estado ha dicho:

“Los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.

Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.

No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de febrero de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00041-01(0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

(...).

Ahora bien, cuando se demuestre que las funciones desarrolladas por el contratista de servicios son propias de los empleados de planta de la entidad y se desempeñan en igualdad de condiciones que estos, el salario devengado por un empleado de planta se convierte en parámetro objetivo para la tasación de los perjuicios, pues dicho monto sería la contraprestación que hubiese recibido el contratista de prestación de servicios en caso de que su vinculación hubiese sido legal y reglamentaria, como lo establece la ley para las relaciones laborales con el Estado, para lo cual, tendrá que demostrarse la identidad en las funciones y condiciones de trabajo desempeñadas, y que los honorarios pactados resultan inferiores a lo devengado por el empleado de planta, pues en caso contrario, deberá estarse a lo pactado entre las partes como contraprestación por los servicios desarrollados. Lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues demostrado el criterio de igualdad en las condiciones de trabajo, entre el contratista y el servidor público, deviene el derecho a obtener igual remuneración por la labor desempeñada, sólo bajo tal entendimiento, se considera que el salario devengado podría constituir el criterio determinante para el reconocimiento de la reparación de los daños ocurridos cuando resulta desvirtuada la relación contractual...".¹⁶ (Subrayado en negrilla por el Juzgado).

En cuanto al término prescriptivo, la misma Corporación¹⁷ ha dispuesto lo siguiente:

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

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

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

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación No. 23001-23-33-000-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cúter.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de septiembre de 2017, Radicación No. 20001-23-33-000-2014-00074-01(4074-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.” (Destacado en negrilla por el Despacho).

Del anterior extracto jurisprudencial, se logra analizar por parte de este Despacho, que el término para empezar el conteo de la prescripción, se inicia a partir de la terminación del vínculo contractual.

Por otro lado, cabe señalar también que si dentro del iter contractual existieron varios contratos de prestación de servicios y existió un interregno o lo que es lo mismo, la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, como ocurre en el asunto sometido a decisión, el Juez de lo Contencioso Administrativo deberá analizar en cada caso en concreto, la operancia de la prescripción.

En aras de establecer la ocurrencia del fenómeno prescriptivo en este caso se tiene:

No. Contrato	Objeto	Termino	Duración	Solicitud Administrativa	Tiempo Transcurrido	Prescripción
Contrato con las CTA	Prestar sus servicios para actividades de enfermería	16/03/2005 – 10/10/2005	6 meses y 28 días	19 de mayo de 2009		SI
No. 353 al 685 de 2005	Ibidem	11/10/2005 – 30/11/2005	1 mes y 19 días		3 años, 5 meses y 20 días	SI
Interrupción de 21 días Desde 1 al 21 de diciembre de 2005						
Nº 997 de 2005 al Adición Contrato Nº T0477 de 2006	Ibidem	22/12/2005 – 15/08/2006	7 meses y 26 días	19 de mayo de 2009	2 años, 9 meses y 4 días	NO

Lo anterior permite concluir que en este caso operó el fenómeno prescriptivo, puesto que se superó el término de los 3 años a los que se ha hecho referencia entre la terminación del vínculo laboral y la presentación de la respectiva reclamación, máxime si se tiene en cuenta como quedó evidenciado, que debió analizarse tal situación respecto de cada contrato, debido la interrupción presentada entre uno y otro.

Por tal motivo, esta instancia judicial, ordenará solamente el pago de las prestaciones sociales causadas a partir del contrato celebrado el 22 de diciembre de 2005 hasta el 15 de agosto de 2006, respectivamente, puesto que los demás están prescritos.

No obstante a lo anterior, cabe precisar por parte de este Despacho que en relación con los aportes al sistema general de pensiones, los mismos son imprescriptibles, como

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

quiera que frente a estos no opera el fenómeno jurídico de la prescripción, tal como fue señalado en la sentencia de unificación, expedida por el Honorable Consejo de Estado¹⁸.

Por consiguiente, se ordenará a la **PAP FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administrador del patrimonio autónomo de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada** a pagar a la demandante las sumas correspondientes a las indemnizaciones que reclama a manera de prestaciones sociales, para cuya liquidación se tendrá en cuenta el valor de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes; así mismo, deberá pagar los porcentajes de cotización correspondientes a salud que la entidad debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo en que prestó los servicios de manera subordinada.

Las sumas que se cancelen se deberán actualizar, utilizando para ello la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de reliquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha del pago de las sumas ordenadas en esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas), en el siguiente periodo: Desde 22 de diciembre de 2005 hasta el 15 agosto de 2006.

Igualmente, se ordenará **PAP FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora del patrimonio autónomo de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada**, tomar (durante el tiempo comprendido entre el 16 de marzo de 2005 al 15 de agosto de 2006, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los cuales se liquidaran con base a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios) a efectos de determinar mes a mes si existe una diferencia entre los aportes que se debieron pagar y los realizados por el contratista, y cotizar al fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por tal motivo, se ordenara al contratista, acreditar el pago de los mismos durante el periodo comprendido desde el 16 de marzo de 2005 al 15 de agosto de 2006 (salvo interrupciones) y, en el caso que no lo hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje como le incumbía como trabajador.

Cabe precisar por parte del Despacho, que las prestaciones sociales que se deberán liquidar a la accionante, tienen que ser acorde al cargo de la enfermera de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada** y, en relación, a la devolución a los aportes en salud y riesgos profesionales, siempre y cuando acredite el pago de los mismos durante el periodo de desde el 22 de diciembre de 2005 hasta el 15 agosto de 2006 y, en el caso que no lo hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje como le incumbía como trabajador, como quiera que las demás se encuentran prescritas.

Finalmente, precisa esta instancia judicial que los pagos aquí ordenados, no significan el reconocimiento del status de empleado público, como quiera que para obtener dicha calidad tuvo el actor que ser nombrado mediante un acto administrativo, haber tomado posesión

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación No. 23001-23-33-000-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cúter.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

del cargo y la existencia de disponibilidad presupuestal, tal como lo señala la sentencia de unificación.

Así las cosas, esta instancia judicial declara la nulidad de No. O.J. 3202 del 6 de julio de 2009 y por consiguiente, accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

7. LAS COSTAS PROCESALES

Pese a la prosperidad parcial de las pretensiones, como quiera que no se encuentra demostrada la temeridad o mala fe de la parte vencida en el presente proceso, no hay lugar a imponer condena de tal naturaleza.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, propuesta por el apoderado del parte demandada – NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO NO ES RESPONSABLE DE LAS PRETENSIONES RECLAMADAS**, propuesta por el apoderado del parte demandada de dicha entidad.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de **ILEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA O FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, ILEGITIMIDAD DE LA CAUSA POR PASIVA – VINCULACIÓN DE LA ACCIONANTE CON LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO VISIÓN UNO, LABORAMOS Y COOSERTEP y INEPTITUD DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – CONCILIACIÓN PREJUDICIAL DISPUESTA POR EL ARTICULO 42 A DE LA LEY 270 DE 1996, ADICIONADO POR LA LEY 1285 DE 2005**, propuesta por la apoderada del PAP FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., conforme se indicó en la parte considerativa.

CUARTO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, respecto del pago de las prestaciones sociales, anteriores al 30 de noviembre de 2005, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR la nulidad del oficio No. O.J. 3202 del 6 de julio de 2009.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **PAP FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora del patrimonio autónomo de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada**, a reconocer a favor de la señora **CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO** a título de indemnización, el valor equivalente a las prestaciones sociales durante los periodos del 22 de diciembre de 2005 hasta el 15 de agosto de 2006, tomando como base de liquidación, el valor pactado por concepto de honorarios establecidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes de manera individual. Las sumas reconocidas deberán actualizarse tal como se dejó precisado en las consideraciones del presente proveído.

EXPEDIENTE: 73001-33-31-008-2010-00127-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CIELO CONSTANZA MAHECHA
DEMANDADO: FIDUPREVISORA S.A. y OTROS

Cabe precisar, por parte de instancia judicial que las prestaciones sociales que se deberán liquidar al accionante, tienen que ser acorde al cargo de enfermera del **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – LIQUIDADA**.

SÉPTIMO: ORDENAR al **PAP FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora del patrimonio autónomo de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada**, al pago a los aportes al Sistema General de Pensiones a la señora **CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO** debiendo tomar como ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los cuales se liquidaran con base a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios) a efectos de determinar mes a mes si existe una diferencia entre los aportes que se debieron pagar y los realizados por el contratista, y cotizar al fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por tal motivo, se ordenará al contratista, acreditar el pago de los mismos durante el periodo de desde el 16 de marzo de 2005 al 15 de agosto de 2006 (salvo interrupciones) y, en el caso que no lo hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje como le incumbía como trabajador.

OCTAVO: ORDENAR al **PAP FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora del patrimonio autónomo de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO POLICARPA SALAVARRIETA – Liquidada**, a la devolución a la señora **CIELO CONSTANZA MAHECHA MORENO** de los aportes en salud y riesgos profesionales, acorde al porcentaje que debió ser cancelada por el empleador, siempre y cuando acredite el pago de los mismos durante el periodo de desde 22 de diciembre de 2005 hasta el 15 de agosto de 2006 y, en el caso que no lo hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje como le incumbía como trabajador, como quiera que las demás se encuentran prescritas.

NOVENO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DÉCIMO PRIMERO: Sin costas.

DÉCIMO SEGUNDO: La presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** a la parte actora el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere; déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ