



**JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER**

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 54-001-33-31-004-2011-00202-00
DEMANDANTE: MARIA DEL CARMEN GOMEZ VELASCO
DEMANDADOS: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL; PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANTES DE LA E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION ADMINISTRADO POR LA SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A.
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta procede a dictar decisión de mérito y que resuelve la controversia planteada dentro del asunto de la referencia.

1. POSICIÓN DE LAS PARTES

1.1 DEMANDA

1.1.1 Pretensiones

Se señalaron el líbello de la demanda así:

- 1. “La nulidad del acto administrativo expedido por el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANTES DE LA E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION administrado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A contenido en el oficio No. 336478 de fecha 23 de marzo de 2011 y No. 336482 del 23 de marzo de 2011, donde niega y manifiesta que no es competente para dar respuesta a la reclamación y se da traslado a la entidad competente para expedir la documentación de PAR-ESE FCO DE PAULA SANTANDER, en la respuesta al derecho de petición del 10 de marzo de 2011, que me niega el reconocimiento y pago de las acreencias adeudadas.*
- 2. La nulidad del acto administrativo expedido por la NACION-MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL No. 10010-103536 de fecha 12 de abril de 2011, que niega el derecho de petición dado el 30 de marzo de 2011 al cual acompañe copia como traslado del derecho de petición que hiciera al PAR-ESE FCO. DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION, del 10 de marzo de 2011 y la respuesta dada por la misma y que se anuncia en el numeral 1, que me niega el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas.*
- 3. La nulidad del acto administrativo expedido por la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO No. 2-2011-011834 de fecha 15 de abril*

de 2011 en respuesta a la petición de fecha 30 de marzo de 2011, que niega el derecho de petición dado el 30 de marzo de 2011 al cual acompañe copia como traslado del derecho de petición que hiciera al PAR-ESE FCO. DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION, del 10 de marzo de 2011 y la respuesta dada por la misma y que se anuncia en el numeral 1, que me niega el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas.

Como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho ordenando a las demandadas a lo siguiente:

- 1) El pago de las diferencias salariales por nivelación salarial y entre empleos por el no pago de la remuneración de un profesional de la medicina de la nómina del ISS y de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER ahora en liquidación, al cumplir sus mismas actividades, desde el 26 de junio de 2003 hasta el día en que se le terminó la vinculación o contrato ficto de prestación de servicios entre las partes.*
- 2) Igualmente, el reconocimiento y pago de horas extras o trabajo suplementario de acuerdo a los turnos cumplidos como MEDICO ESPECIALISTA-GINECO OBSTETRICIA (sic) en la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, acorde a los turnos cumplidos en igualdad de condiciones al personal de planta.*
- 3) También al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tal como cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicio, prima de navidad, prima de compensación y vacaciones, establecidas en la ley, la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la entidad (despido injusto); la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo privado y por el no pago de los derechos laborales a la terminación del vínculo contractual laboral.*
- 4) Que se produzca el reconocimiento y pago del valor correspondiente a las sumas de dinero que por concepto de cotizaciones que como trabajador independiente realizó a la seguridad social en pensiones de salud; la devolución de los valores cancelados para la constitución de póliza de garantía en cumplimiento del ficticio contrato de prestación de servicios; la devolución de las sumas de dinero retenidas por Retefuente*
- 5) Que sobre los valores reconocidas se aplique la indexación a que hubiere lugar”.*

1.1.2 HECHOS

El Despacho los sintetiza de la siguiente manera:

La accionante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería – Sección Asistencial – en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a través de Contratos de Prestación de Servicios durante el periodo comprendido entre el 02 de julio de 1990 hasta el día 26 de junio de 2003 o fecha de escisión como Auxiliar de enfermería, en el ISS- CUCUTA.

Que MARIA DEL CARMEN GOMEZ VELASCO a partir de la fecha de escisión continuó prestando sus servicios como auxiliar de enfermería a la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, en igualdad de condiciones como se desempeñó en la clínica ISS.

Que la demandante prestó sus servicios de manera personal bajo la dependencia y subordinación del Gerente Seccional, Coordinadores médicos, entre otros jefes; cumpliendo un horario de trabajo, realizando funciones propias de su especialidad, asistiendo a capacitaciones y recibiendo una contraprestación unos honorarios en igualdad de condiciones a las realizadas por el personal de planta.

1.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas constitucionales: Artículos 23, 53, 25 C.P, artículos 35, 44, 47, 48 y 59 CCA; Ley 6 de 1945, Decretos 2127 de 1945 y 64 de 1946, 1600 y 2127 de 2915, 797 de 1949, Decreto Legislativo 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, 1950 de 1973, 116 de 1976, Ley 52 de 1975, Decreto Ley 1042 y 1045 de 1978, Ley 03 y 11 de 1986, Ley 244 de 1995 y 432 de 1998, Ley 344 de 1996 y Decreto 1453 y 1582 de 1998, Decreto 2112 de 1999 y 1999 de 2002.

El concepto de violación lo estructuró como fue consignado a folios 96 y 97, donde señala que la Constitución política y la legislación laboral aplicable a estos eventos protege de manera coyuntural a aquellas personas que han venido siendo sometidas por empresas en virtud de supuestos contratos de prestación de servicios y bajo la aplicación errónea de la Ley 80 de 1993, artículo 32, la cual establece los motivos para que una empresa estatal como el ISS y la ESE FPS contrate personas para la prestación de servicios de carácter temporal, lo que a contrario sensu, produce una aplicación indebida de la ley y en su lugar se deben respetar aquellos derechos laborales que se pretendieron desconocer lo que constituyen actos de mala fe.

2 ACTUACION PROCESAL

2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1.1 Del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Francisco de Paula Santander Liquidada – Administrado Por La Fiduciaria Popular S.A

El apoderado se opone a todas y cada una de las pretensiones, en la medida que se carece de legitimación material en la causa por pasiva y más aún cuando se tiene que las pretensiones están encaminadas contra unos oficios No. 336478 y 336482 del 23 de marzo de 2011 expedidos por la FIDUCIARIA POPULAR S.A., que de ningún modo constituyen actos administrativos, siendo simples oficios de respuesta a un derecho de petición presentado por la parte actora, en los que se le informó que la Fiduciaria no era la entidad competente para dar trámite a sus solicitudes.

Posteriormente, se refiere a los hechos indicando que algunos no le constan, que otros son parcialmente ciertos y otros no, conforme a la disertación que hace frente a cada uno de los enunciados en el escrito introductorio.

Seguidamente considera que, de los oficios acusados, no se desprende decisión alguna, y por esa razón no constituyen actos administrativos susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular a la parte actora, ni envuelven una decisión como tal, de manera que al no contener decisión alguna los oficios demandados, no pueden ser objeto de un control de legalidad.

Finalmente, propone como excepciones:

- **La caducidad**, estimando que, de la fecha de notificación de los actos demandados, se colige que se excedió en el plazo para la presentación de la demanda.
- **La prescripción**, considerando que se debe declarar esta excepción sobre todas las obligaciones exigibles objeto de esta demanda y causadas por fuera de los tres años anteriores a su aceptación. En la demanda se solicitan declaraciones y condenas a partir del 26 de junio de 2003 hasta el día en que se terminó la vinculación.
- **No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios**, Aduce que existe falta de integración del litisconsorcio con el Instituto de Seguros Sociales en liquidación, representado por el caso por la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por ser la entidad concurrente, contratista de la accionante con la cual prestó sus servicios.
- **Inexistencia del demandado la extinta ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER LIQUIDADA**, Fundamentó la excepción, en que con ocasión de la terminación de la prórroga, establecida en el Decreto 4328 del 6 de noviembre de 2009, concluyó la liquidación y se dio el cierre final de la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER LIQUIDADA, el día 13 de noviembre de 2009 y como consecuencia de la extinción de la entidad en liquidación, finalizó su existencia legal, suscribiéndose el acta final del proceso liquidatorio de la E.S.E. F.P.S.-LIQ, con el MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL, por lo cual no existe como tal la entidad demandada en este proceso.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva**, La fiduciaria Popular S.A. actúa única y exclusivamente en calidad de vocera y administradora del P.A.R. DE LA E.S.E. F.P.S LIQUIDADA, pero no posee legitimación en la presente causa, por cuanto no son el P.A.R., ni la Fiduciaria, titulares de la obligación se dice existir en favor de la

parte accionante, porque, es una entidad completamente distinta de la E.S.E. Francisco de Paula Santander (Hoy liquidada) y de naturaleza jurídica distinta.

- **Ausencia del presupuesto procesal de la pretensión llamado capacidad para ser parte**, Señala que a la Fiduciaria Popular S.A. no se le puede endilgar capacidad para ser parte, razón por la cual, carece de este presupuesto de la pretensión que excluye toda responsabilidad.
- **Cumplimiento exclusivo de la Fiduciaria Popular S.A.**, de lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009, suscrito entre la extinta E.S.E. F.P.S. Liquidada y la Fiduciaria Popular S.A., vocera-administradora del P.A.R. de la E.S.E. Francisco de Paula Santander liquidada y los otros si No. 1, 2, 3 suscritos con el Ministerio de Salud y Protección Social, Cesionario y Fideicomitente del mismo, Reitera que con ocasión de la terminación de la prórroga, establecida en el Decreto 4328 del 6 de noviembre de 2009, concluyó la liquidación y se dio el cierre final de la ESE FPS liquidada, el día 13 de noviembre y como consecuencia de la extinción de entidad en liquidación finalizó su existencia legal. Que el día 26 de octubre de 2009 se constituyó el PAR No. 062 entre la E.S.E. F.P.S y la Fiduciaria Popular S.A., por lo tanto, la Fiduciaria Popular solo está dando cumplimiento a lo dispuesto en el contrato de Fiducia Mercantil No. 062 de 2009.
- **Ausencia del presupuesto procesal de la pretensión llamado falta de tutela jurídica**, Considera que la relación jurídica procesal nace con la solicitud de anulación de un supuesto acto administrativo, proferido por la Fiduciaria Popular S. A. que no es tal, al no ser una persona jurídica de derecho público o un particular que ejerza funciones públicas.
- **Inexistencia de las obligaciones reclamadas**, Menciona que la extinta ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER LIQUIDADA, no dejó obligaciones legales insolutas para con la parte accionante. Del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, no se encuentra soporte alguno que permita inferir que la E.S.E. F.P.S. asumió el pago de las obligaciones del ISS, que se reclamen por hechos, acciones u omisiones, generados por las conductas antijurídicas del ISS, cuando nacieron las ESE el 26 de junio de 2003. Concluye, señalando que la relación entre demandante y las demandadas es inexistente, por consiguiente, no puede existir una obligación pendiente individual o solidaria, por la cual deba responder el PAR E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER LIQUIDADA, ni mucho menos la FIDUCIARIA POPULAR S.A.

- **El cobro de lo no debido.** La extinta E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER a la fecha no le adeuda suma de dinero alguna a la parte accionante, ni mucho menos la FIDUCIARIA POPULAR S.A., al no tener ningún tipo de relación contractual con la parte accionante.

- **La buena fe,** pues la accionada ESE FPS-LIQ., frente a la actora siempre actuó de buena fe, conforme a lo establecido en la ley y las normas sustanciales que le eran aplicables. Sin poder dejarse de un lado, la circunstancia de dar cumplimiento a unas decisiones del Gobierno Nacional, contenidas en los Decretos 1750 de 2003 y 810 de 2008.

- **No constituir los oficios demandados proferidos por la Fiduciaria Popular S.A.,** No. 336478 y No. 336482 de fecha 23 de marzo de 2011, actos demandables ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sostiene que de los oficios acusados No. 336478 y No. 336482 de fecha 23 de marzo de 2011, no se desprende decisión alguna, y por esa razón no constituyen actos administrativos susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular a la parte actora, ni envuelven una decisión como tal, de manera que al no contener decisión alguna los oficios demandados, no pueden ser objeto de un control de legalidad.

- **La denominada excepción genérica y/o la innominada**

2.1.2 DE LA NACION - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL

La apoderada de la entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que su representada no tiene dentro de sus competencias el responder por las relaciones contractuales realizadas por la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, ni mucho menos el de reconocer relaciones laborales que, presuntamente ejecutó la señora María del Carmen Gómez Velazco, para dicha entidad, porque la misma ha debido ejercer, dentro de los plazos establecidos en el proceso liquidatorio, las pretensiones de reconocimiento de una relación laboral, de la cual, es completamente ajena a la órbita de las funciones del Ministerio de Salud.

Propone como excepciones las siguientes:

- **La Ineptitud sustantiva de la demanda,** en razón a que la demanda no presenta precisión y claridad en sus pretensiones, los hechos enunciados, no son el fundamento de las pretensiones debatidas y finalmente, no existe un pronunciamiento de fondo, que sea susceptible de control jurisdiccional, según las voces del artículo 50 y 135 del C.C.A.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva**, en consideración a que no fue esa entidad quien suscribió los contratos de prestación de servicios con la señora demandante María del Carmen Gómez Velazco, función que conforme a la legislación le corresponde directamente a la ESE, o a quien asumió el proceso liquidatorio de dicha entidad.
- **Inexistencia de la obligación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social**. Estima que los actos o actuaciones contractuales fueron ejecutadas en el ejercicio de sus funciones por la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, decisiones en las cuales no tuvo participación ni injerencia el Ministerio de Salud y Protección social, por cuanto, a los hechos, omisiones y pretensiones de la parte accionante, el Ministerio no tiene como entrar a satisfacerlas, por falta constitucional y legal de competencia.
- **Cobro de lo no debido**. Indica que el Ministerio no tiene el deber jurídico de cancelar el pago derivado de una supuesta relación laboral de un contrato realidad, en virtud que no fue, no es la entidad administradora de la contratación de servicios profesionales requeridos para las empresas sociales del estado.
- **Prescripción**. Frente al aspecto factico del proceso, hace énfasis a que si bien el apoderado demandante, no hizo mención expresa, ni en las pretensiones, ni en los hechos de la demanda, de cuál fue el último contrato de prestación de servicios, ni la suscripción de los mismos, se encontró el contrato No. ESR FPS-1587 con fecha de inicio 1 de mayo de 2004, por el término de 1 mes, lo que indica que, las peticiones fueron elevadas a las diferentes entidades, como Fiduciaria Popular, Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Protección Social, fueron radicadas en el año 2011, la accionante superó el término legal establecido de tres (3) años, posteriores a la terminación del contrato de prestación de servicios.
- **Carencia del derecho reclamado y la Innominada**.

2.2 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Surtida la etapa de pruebas, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

2.2.1 Posición de la parte la Parte Demandante:

Se ratifica en los hechos, que fueron debidamente demostrados a través de las pruebas transcritas. Cita la sentencia del 17 de febrero de 2009 No.

32.996 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza - Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.

Igualmente hace referencia al pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 15 de junio de 2011. Radicado No. 25000-23-25-000-2007-0395-01 No. interno 1129-10 C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

De la Sociedad Fiduciaria Popular S.A. en su condición de Administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER liquidada

Esgrime su defensa citando extractos de Sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, Expediente 23001233300020130026001, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cueter y Sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en un caso similar de contrato realidad, de fecha 9 de julio de 2020, radicado 54001333170220110000101, demandante Ana Teresa Velásquez García, M.P. Dra. Josefina Ibarra Rodríguez, reiterando que el término para reclamar dichos derechos prestacionales es de tres (3) años a partir del último contrato celebrado con la entidad demandada, el cual se interrumpe con la solicitud de reclamación; de otra parte también acogió la tesis sobre que la imprescriptibilidad de los aportes a pensión no es aplicable para la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el contratista. Hace hincapié en las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y solicita negar las pretensiones solicitadas.

2.2.2 De la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social

La apoderada del Ministerio de Salud, presenta sus alegatos oponiéndose a la prosperidad de las súplicas de la demanda, en la medida que sostiene que no se han configurado los elementos del contrato de trabajo que aparentemente existió entre la demandante y la ESE Francisco de Paula Santander y además no se demostró la subordinación o dependencia o el cumplimiento de horarios.

Sostiene que para la época de los periodos mencionados en la demanda, la ESE FPS no existía -al no preverse en el Decreto 1750 de 2003- la orden de reconocimiento y pago de pasivos laborales a través de la ESE, dicha obligación quedó en cabeza del ISS.

Reitera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que la Ley 100/1993 al crear el sistema de seguridad social integral, en el artículo 155 precisó la estructura, conformación y organización del sistema, asignándoles a cada uno de sus integrantes unas competencias y responsabilidades, en los que el Ministerio se encontraba en los

organismos de dirección como primer nivel y las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, mixtas o privadas en el tercer nivel.

De igual manera, reitera las excepciones de prescripción, dado que al interior del expediente se encontró que el contrato No. ESE FPS-1587, con fecha de inicio 01 de mayo de 2004, por el término de un mes, lo que implica que las peticiones fueron elevadas a las diferentes entidades fueron radicadas en el año 2011, se superó con creces el término de 3 años, posteriores a la terminación del contrato de prestación de servicios.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio Público no presentaron alegatos de conclusión.

3. CONSIDERACIONES

3.1 CUESTIÓN PREVIA

En este punto de la controversia, el Despacho ingresa en el estudio de las excepciones previas propuestas por las demandadas en sus escritos de contestación de la demanda, para lo cual, se atenderán en conjunto, ya que fueron propuestas por estas, así:

Falta de legitimación en la causa por pasiva:

Esta excepción la plantean los apoderados de la Fiduciaria Popular y del Ministerio de Salud y Protección Social, frente a la misma, se ha de indicar, que para el estudio de la legitimación en la causa ya sea por activa o pasiva, se analiza, la legitimación formal y material, en este caso, la prosperidad de las súplicas de la demanda implica, como presupuesto procesal, que dicha legitimación se encuentra acreditada en doble vía, esto es, de quien formula las pretensiones y sobre quien estas recaen.

De acuerdo con lo previsto en esta actuación, la parte actora pretende la declaratoria de contrato realidad, por haber suscrito múltiples contratos de prestación de servicios, para la prestación de una labor subordinada como auxiliar de enfermería; situaciones relacionadas con los tiempos en que laboró en el ISS y la ESE FPS, resulta evidente que en el caso bajo estudio no se hace presente ninguna de las citadas, no obstante, lo que concierne a su estudio es objeto de análisis de otra excepción.

Con base en la ausencia de las entidades contratantes, se presentan los Ministerios y la Fiduciaria con el argumento que no están llamados a participar de la presente controversia. En el caso concreto, se reclama -como se indicó- la declaratoria de existencia de un contrato realidad, para ello, por efectos directos estaría legitimada la persona jurídica de derecho público con quien se suscribieron los contratos, no obstante, a través de Decreto 810 de 2008, se ordenó la supresión de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, a continuación de la misma, inició el proceso de

liquidación, de igual manera, a través del Decreto 4328 de 2009 se prorroga el plazo de liquidación de la ESE FPS hasta el 13 de noviembre de 2009 (última prórroga).

A la finalización de dicho período se suscribió el contrato de fiducia respectivo para la administración del Patrimonio Autónomo de Remanentes, suscrito entre la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación y la Fiduciaria Popular S.A., en dicho contrato, se pactaron situaciones jurídicas tales como pasivos contingentes relacionadas con *“las obligaciones eventualmente adquiridas por el FIDEICOMITENTE que pueden afectar, remota, eventual o probablemente los recursos transferidos al PAR por corresponder a obligaciones que son discutidas en sede jurisdiccional y que solamente deberán y podrán ser pagadas por LA FIDUCIARIA a los acreedores expresamente identificados en el presente contrato cuando estos le alleguen copia auténtica con constancia de ejecutoria de la decisión judicial en contra del FIDEICOMITENTE, pago que se efectuará con cargo a los recursos transferidos al PAR, salvo que en el contrato expresamente se disponga que dicho pago debe ser asumido por el ISS o la NACIÓN o efectuado con cargo a los recursos que le transfiera la NACIÓN al PAR administrado por la FIDUCIARIA para tal efecto”*; para el efecto en el contrato se indica que la Nación se encuentra representada en el asunto en concreto por el Ministerio de hacienda y Crédito Público.

Ahora, en relación con el Comité Fiduciario y su conformación se expresa que el mismo se integrará por 3 miembros designados por el coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas del Ministerio de la Protección Social y es el encargado -entre otras funciones- de impartir las instrucciones relacionadas con los procesos judiciales en trámite, así como, la disposición del derecho en contienda.

También al interior del contrato de fiducia quedó la obligación de la Fiduciaria de atender los procesos judiciales en curso, sin que se entendiera que esta tenía la calidad de subrogataria de tales, lo que se denominaría administración de los procesos judiciales.

El martes 17 de noviembre de 2009, en el Diario Oficial edición No. 47.536 se publicó el acta final de liquidación de la ESE FPS, en esta se reseña el proceso de liquidación y se dispone que el fideicomitente cesionario de los contratos de fiducia suscritos sería el Ministerio de la Protección Social.

De acuerdo con lo anterior, se ha de indicar, que de acuerdo con lo establecido en el proceso de liquidación de la ESE FPS, a quien se ha de tener como sucesor procesal de la liquidada es a la Nación – Ministerio de la Protección Social -ahora de Salud y Protección Social-, no obstante, corresponder a un sujeto de derecho público la sucesión, también se adquirió el compromiso contractual de la Fiduciaria Popular S.A. de administrar, entre otros, los procesos judiciales y en el evento de condenas impuestas por vía

jurisdiccional, adquiere la obligación de proceder al pago, dada la previsión del pasivo contingente, lo que impone en el caso concreto, la legitimación en la causa del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de vocera del PAR FPS Liquidado.

No sucede lo mismo con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien en el contrato de Fiducia se entiende como representante de la Nación, esto en la medida que su participación en el contrato de fiducia está limitada a la provisión de recursos adicionales a los que concierne a los propios determinados por el patrimonio autónomo de remanentes, situación por la que al no tratarse de un sujeto interviniente en el proceso de liquidación - salvo para lo indicado- no se logra establecer la fuerza necesaria en la conexidad que se requiere tengan los sujetos procesales en las controversias judiciales, por lo que opera la falta de legitimación en la causa por pasiva de la descrita.

En el asunto particular, al estimar que el Ministerio de Salud y Protección Social tiene la connotación de sucesor procesal de la ESE FPS, en el evento de accederse a las súplicas de la demanda y de darse por terminado el contrato de Fiducia Mercantil, procesalmente sería el sujeto pasivo a quien se le impondría la carga de proceder al pago de las indemnizaciones correspondientes, por lo que con estos sujetos se configura la relación jurídica sustancial.

Se concluye entonces, que de oficio se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se negará respecto del Ministerio de Salud y Protección Social -Antes Ministerio de la Protección Social- y la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de vocera del PAR FPS Liquidado.

Caducidad

Excepción propuesta por el apoderado de la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de vocera del PAR FPS Liquidado, para el asunto particular, el Despacho asume la postura que sobre el particular, el Consejo de Estado ha predicado respecto de la posibilidad de declarar la caducidad en asuntos como el presente, de acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], en el que se indicara que por tratarse de la persecución de prestaciones periódicas no se encontraba atado el asunto a la caducidad del medio de control, pero si a la prescripción de las mesadas.

En ese orden de ideas, se tiene que el acto proferido por la Fiduciaria Popular S.A. es de fecha 23 de marzo de 2011 y el del Ministerio de Salud y Protección Social del 12 de abril de ese mismo año, por lo que, estos en dado caso serán confrontados para el estudio de la prescripción, en el evento

de acceder a las súplicas de la demanda, por lo que la excepción será negada.

Falta de integración del litisconsorcio necesario (vinculación del ISS en liquidación y CAPRECOM en liquidación)

El apoderado de la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de vocera del PAR FPS Liquidado, sostiene que se hace necesaria la integración de diversos sujetos, citando al ISS a través del Patrimonio Autónomo de Remanentes, para que a través de su agente liquidador compareciera al presente proceso.

Sobre el particular, se ha de indicar que mediante el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 se escindió el Instituto de Seguros sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la ESE Francisco de Paula Santander, es decir, las funciones en materia de atención de servicios de salud del Instituto de Seguros Social se remitían a las recién creadas empresas sociales del estado, las que se conformaron en razón del modelo previsto en la Ley 100 de 1993.

La prestación de los servicios por parte de la demandante inició en el extinto ISS a través de los contratos regulados por el estatuto de la contratación, al momento de presentarse la escisión de la citada y la creación de empresas sociales del estado, en este caso, la ESE FPS, el demandante continuó prestando su labor, bajo la misma modalidad.

En el caso concreto, la parte reclama las acreencias laborales que se hubiesen podido causar desde su retiro del ISS y durante el tiempo en que laboró al servicio de la ESE FPS, no obstante, pese a enunciar al actor Instituto de Seguros Sociales, frente a este no existe pretensión alguna, situación que en todo caso, requería que la parte presentara reclamación administrativa previa y ejerciera la demanda respectiva, pues no tendrían en esta actuación la calidad de litisconsortes necesarios, por lo que no se hace necesaria su intervención en el particular.

Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones

El apoderado de la Fiduciaria Popular S.A. en calidad de vocera del PAR ESE FPS Liquidado, propone la excepción tras considerar que el oficio dispuesto como demandado no tiene la calidad de acto administrativo, adicionalmente, no se explica en el libelo introductorio, hasta qué punto llegaron los contratos de prestación de servicios suscritos con la extinta.

Frente al particular, se ha de estimar, que existe una relación jurídica sustancial, entre el demandante, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Fiduciaria Popular S.A. en su calidad de vocera del PAR ESE FPS; si bien, la parte considera que el oficio que responde el derecho de petición no constituye un acto administrativo, y ante tal consideración el Despacho acoge

la postura, se ha de entender que la situación particular impone la presencia del PAR ESE FPS, en la medida que se discute, una actuación lesiva de los derechos laborales de la demandante, durante el lapso que prestó sus servicios a la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, de modo que, en el evento de llegar a considerar la existencia de un contrato realidad, podrían cargarse a los fondos del patrimonio la indemnización resultante.

En ese orden de ideas, se accederá parcialmente a la excepción, en la medida de considerar que el documento por medio del cual se da traslado de la petición presentada por la demandante no constituye un acto administrativo, pues el Vocero no cuenta con facultad para ejercer en tal sentido, se encuentra obligado a continuar con las resultas del proceso, por la relación jurídica sustancial, que lo ata a la presente decisión.

Finalmente, en lo que refiere a la ineptitud sustantiva de la demanda, se ha de indicar que el Juzgado encuentra que la parte actora ha efectuado una mixtura inadecuada de hechos y pretensiones, en los que se incluye la participación del extinto ISS, sin embargo, el asunto de la referencia, se sustentará exclusivamente en estudiar la situación particular de la prestación de servicios en la ESE FPS, sin verificar situación alguna con la primera de las enunciadas, en la medida que por dichos contratos no se ejerció la reclamación administrativa, como anteriormente se indicó.

En lo que refiere a las demás excepciones, se indica que las mismas son de fondo y, por lo tanto, se consideran argumentos de defensa de las demandadas, así mismo, la prescripción será estudiada, en caso de accederse a las súplicas de la demanda.

Inexistencia del demandado ESE FPS

Sobre el particular, el Despacho se atiene a lo decidido en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, tras considerar que si bien devino la extinción de la persona jurídica ESE Francisco de Paula Santander, de dicho proceso de liquidación se determinó como sucesora procesal a la Nación – Ministerio de Salud.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe estudiarse dentro del proceso de la referencia está contenido a:

- ¿Hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 10010-103536 de fecha 12 de abril de 2011 expedido por la NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL y como consecuencia de ello declarar la existencia de una relación laboral entre la señora María del Carmen Gómez Velasco y las demandadas,

por las actividades personales por ella ejecutadas mediante ordenes de prestación de servicios cuando se encontraba en funcionamiento la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander y en caso positivo, a que se le reconozca el pago de los emolumentos y prestaciones que dejó de percibir durante la vinculación contractual; o si por el contrario, se deben negar las súplicas de la demanda?

3.3 POSICIÓN JURÍDICA DEL DESPACHO JUDICIAL

La decisión a tomar en el asunto de la referencia, una vez analizadas las posiciones de las partes y el material probatorio, no puede ser otra que la de negar las súplicas de la demanda, dado que no se acreditaron los elementos de la relación laboral.

Para estudiar el caso sometido a decisión judicial, el Despacho tiene en cuenta el material probatorio aportado al proceso de la referencia, el marco normativo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas laborales, luego de lo cual, se estudiará el caso concreto.

3.3.1 Relación del Material Probatorio¹

El Despacho dispone de la siguiente forma del material probatorio relevante al interior de esta actuación:

Hecho probado	Prueba en la que obra
La Fiduciaria Popular informa a la señora María del Carmen Gómez Velasco que no cuenta con atribución legal o contractual para resolver lo solicitado por la peticionaria el día 14 de marzo de 2011, por no tratarse de una persona jurídica de derecho público o particular con funciones públicas.	Documental: Oficios 336478 y 336482 del 23 de marzo de 2011 (folio 10-14 cuaderno físico No. 1)
El Ministerio de Protección Social (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social) resuelve la petición presentada por la señora María del Carmen Gómez Velasco el día 28 de marzo de 2011, y le indica que para efectos de reclamaciones el peticionario debió haberse presentado al proceso de liquidación, para que en caso tal, fueran incluidas dentro del pasivo de la liquidación,	Documental: Oficio 100-103536 del 12 de abril de 2011 (folio 20-21 cuaderno físico No. 1)

¹ El Despacho Judicial a través de providencia de fecha 25 de julio de 2019 dispuso abrir el expediente a la etapa probatoria (folios 352 y 353 del cuaderno físico No. 1)

<p>sin que pueda llegar a entenderse sustitución, subrogación o cesión de obligaciones de ninguna especie entre la ESE y el Ministerio.</p>	
<p>Que la señora María del Carmen Gómez Velasco suscribió contratos de prestación de servicios con la ESE Francisco de Paula Santander para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería y por los siguientes lapsos de tiempo: 01 de julio al 30 de noviembre de 2003 01 al 30 de diciembre de 2003 01 de enero al 15 de febrero de 2004 16 de febrero al 30 de marzo de 2004 01 al 30 de abril de 2004 01 al 31 de mayo de 2004</p>	<p>Documental: Contratos suscritos (folios 45-80 del cuaderno físico No. 01 y folio 367 del cuaderno físico No. 02)</p>
<p>El demandante afirma que solo laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales, que ningún funcionario del Ministerio de Salud impuso ordenes u otorgó elementos de trabajo, pues solo se exigió el cumplimiento de labores por parte de funcionarios del ISS y de la ESE.</p>	<p>Declaración de parte: en curso de la audiencia llevada a cabo el día 17 de octubre de 2019 se escucha a la demandante.</p>
<p>Belqui Rodríguez Peña: conoce a la demandante por haber sido compañeras de trabajo, inicio laborando al servicio del ISS, luego se transformó en la ESE Francisco de Paula Santander. Que la demandante al interior de la ESE FPS cumplía el cargo de auxiliar de enfermería. Indica la testigo, que hacía parte del personal de planta que ingresó al ISS en el año 1990, por su parte, la demandante hacía parte del personal de contratado. La señora María del Carmen, cumplía funciones de auxiliar de enfermería y para trabajar en las dependencias en donde se le indicara, cumpliendo horarios que oscilaban entre 6, 8 y 12 horas, cumpliendo las órdenes de los jefes de cada dependencia. Las instrucciones impartidas se</p>	<p>Testimonial: En curso de la audiencia llevada a cabo el día 17 de octubre de 2019, se escucha en declaración a las señoras Belqui Rodríguez Peña y Luz Marina Sanabria.</p>

indicaban a través de un horario, si se presentaban ausencias de personal, la demandante debía estar disponible para otro turno a continuación.

En materia de permisos se indicó por la testigo que era casi imposible, pues en muchas ocasiones no tenían derecho ni siquiera para ir al médico.

LA ESE FPS no daba nada a los contratados, no tenían uniforme, transporte, alimentación, ni primas u otras prestaciones y solo daban una escarapela.

Las funciones que cumplía la demandante como personal contratado era semejante al personal de planta, salvo en el tema de horarios.

Luz Marina Sanabria: indica que la señora demandante empezó a trabajar en el año 1990 y en el 2008 terminó, que una jefe le asignaba los horarios.

La testigo ingresó a prestar servicios a través de contratos y luego pasó a ser personal de planta.

Los jefes daban los horarios de trabajo y el sector en el que hubiere de prestar la labor, dependiendo de la actividad (consulta externa, atención PYP) la información se publicaba en cartelera una vez al mes.

La señora demandante, prestaba sus servicios en consulta externa, del edificio ubicado en Guaimaral, siempre permaneció en este.

Se le suministraba la papelería, carnet, no les daban uniforme porque eran de contrato, las contratadas eran de 48 horas, pero como eran de contrato debían estar disponible, incurriéndose en doble turno, solo atendiendo a afiliados del seguro social.

<p>No le consta a la testigo los honorarios pagados, pero las contratadas debían prestar labores de 48 horas, en contraposición de las de planta, que sus horas eran máximo 44 horas.</p> <p>La testigo no recuerda las vinculaciones de la demandante. Pero las órdenes dadas debían cumplirlas, porque las amenazaban con sacarlas por ser contratistas, de igual manera, les pagaban con tardanza y de igual forma debían ir a laborar y cumplir horario. Todas las contratistas recibían memorandos.</p>	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

3.3.2 Marco normativo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas laborales

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia al definir los principios mínimos fundamentales en materia laboral dispuso que estos se integrarían por la *“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”*.

Conforme con el anterior texto, podemos advertir que el principio que rige la controversia suscitada en el sub judice está relacionado con la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

En sentencia C-154 de 1997, la Corporación declaró la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

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

Por su parte, el contrato de trabajo *“tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo”.*

Se estima que el elemento 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 C-614 de 2009², al revisar la exequibilidad del inciso 4° del artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, en dicha oportunidad la Corte resaló la importancia del trabajo desde una triple dimensión, una estimada en el preámbulo y el artículo 1° de la constitución entendida como directriz que

² El problema jurídico definido en la controversia se centró en “¿la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2°, 25 y 53 de la Constitución? Para resolver el debate planteado, la Sala estudiará brevemente tres temas: El primero, dirigido a desentrañar la correcta interpretación de las normas constitucionales que regulan la protección de las distintas modalidades del trabajo lícito, el segundo, la especial protección que la Constitución otorga a la relación laboral entre el Estado y los servidores públicos. Y, el tercero, cómo debe entenderse el concepto de ejercicio de funciones permanentes de la administración desde la perspectiva del principio de prevalencia de la realidad frente a las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta”.

debe orientar las políticas públicas y las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas; en segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico, que limita la libertad de configuración normativa del legislador³, en tanto impone un conjunto de reglas mínimas y, en tercer lugar, se trata de un derecho y deber social.

Ahora, en cuanto a la protección especial a la vinculación laboral con el Estado, se indicó que además *“de las reglas generales de protección de los derechos de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales (...) encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público⁴ que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros)”*.

A continuación, aborda el tópico relativo al principio de la realidad sobre la forma y para el efecto trae a colación la decisión contenida en la sentencia C-555 de 1994, para concluir que *“La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que “la*

³ “dada la textura abierta del trabajo y su especial naturaleza, el legislador tiene amplia potestad de configuración normativa del mismo, pero ese grado de amplitud dependerá de si se trata de hacer efectivas las políticas públicas de empleo o de concretar la protección del derecho subjetivo al trabajo. De esta manera, si el legislador busca definir reglas dirigidas a materializar el desarrollo progresivo de mejores condiciones laborales, de acceso al pleno empleo y del trabajo como instrumento para garantizar un orden político, económico y social justo, su margen de valoración es más amplia porque goza de mayor libertad de configuración, mientras que si la ley pretende regular las particularidades de la relación de trabajo y las condiciones individuales en las que se desenvuelve la relación de empleador y trabajador, el margen de libertad se reduce porque se limita al cumplimiento de requisitos constitucionales mínimos obligatorios y exigibles por vía judicial”

⁴ El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: “El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”

situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente”⁵, pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral⁶.

En este pronunciamiento, la Corte Constitucional concluye lo siguiente: a) para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos, b) la anterior regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, c) la prohibición constituye una medida de protección a la relación laboral, pues impide que se oculten verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice la contratación estatal, d) el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica si se atienden funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, e) se pretende a imposición de la relación laboral y sus plenas garantías, consagra al empleo público como forma general y prohíbe la desviación de poder en la contratación pública, f) la norma atacada desarrolla claros e imperativos objetivos constitucionales, pues al incluir la prohibición se trata de una medida adecuada y necesaria.

Finalmente, la Corte dispone del estudio de la eficacia de la norma en relación con la prevención de las conocidas nóminas paralelas y dispuso: *“esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral (...) la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales”*

⁵ Sentencia C-739 de 2002

⁶ Sentencia C-154 de 1997

En sentencia C-171 de 2012, se estudió la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011⁷ y que fuera declarada exequible en el *“entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados”*.

A la anterior conclusión llega, atendiendo que conforme a la redacción de la norma, esta da lugar a una interpretación abiertamente inconstitucional, pues se haya en contravía de la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, no obstante, en la decisión se acude a una sentencia modulada, dando aplicación al principio pro legislatore y siempre que exista una interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Constitución.

De igual manera, en esta oportunidad la Corte considera lo siguiente *“advertir nuevamente a las autoridades administrativas y empleadores del sector público, así como también a las empresas privadas y empleadores del sector privado, la necesidad de que respeten el vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes, de manera que se garantice el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores. A este efecto, la Sala recuerda que el desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos laborales de los trabajadores acarrea graves consecuencias administrativas y penales. Por lo anterior, la Corte reitera en esta nueva oportunidad, la exhortación que se le hiciera en la sentencia C-614 de 2009 a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, y la hace extensiva especialmente al hoy creado Ministerio de Trabajo “Mintrabajo”, con el fin de que estas entidades administrativas y organismos de control, especialmente el Mintrabajo, entidad que tiene como finalidad principal la garantía y protección de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, adelanten, en el marco de sus facultades constitucionales y legales, las funciones de vigilancia y control de su competencia”*.

Por su parte el Consejo de Estado se ha pronunciado frente a la irregularidad en la suscripción de los contratos de prestación de servicios, lo que permite la aplicación del principio constitucional relativo a la primacía de la realidad en las formas laborales y con ello, ordenar la indemnización de los perjuicios causados a quienes se les desdibujaron sus derechos en la materia.

⁷ Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 dispone que *“Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad”*

La sentencia de unificación de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 09 de septiembre de 2020 dictada al interior del radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01, dispuso lo siguiente:

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato estatal de prestación de servicios, se indica que por tratarse de uno de los instrumentos de la gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades, versa sobre un negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de la contratación pública, denominado contrato típico por encontrarse definido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y sus características más relevantes son: i) se celebra por el término estricto necesario y no puede ser utilizado en cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes, ii) permite la vinculación de personas naturales y jurídicas, pero deberá justificarse, el por qué dichas actividades no se pueden realizar con personal de planta, iii) el contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor, elementos estos que separan su labor de la absoluta subordinación o dependencia.

Sostiene la Corporación que los contratistas *“son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia (...) la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados”*.

La misma providencia, diseña una serie de criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente y que deben servirle al juez como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual y para el efecto dispone:

- Estudios previos: conforme al artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, se ordenó la elaboración de estudios, diseños y proyectos con anterioridad a la firma del contrato (para este caso de contratación directa), de modo que en estos, debe encontrarse la temporalidad de las actividades que han de ser contratadas, de modo que, para desvirtuar el presupuesto del artículo 32 L.80/93, los demandantes deberán demostrar *“con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las*

necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional”.

- **Subordinación continuada:** como elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, jornada, horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos y someterlo a su poder disciplinario, ante este escenario se disponen de las siguientes circunstancias que podrían llevar a determinar su existencia, así:

Lugar de trabajo: se trata del sitio o espacio físico brindado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades, a esto deberá integrarse el surgimiento de la nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, lo que deberá ser valorado en cada caso concreto.

Horario de labores: el establecimiento de un horario de jornada laboral no implica que exista subordinación y, aunque en ciertas actividades de la administración, requieren de jornadas laborales y de turnos para atenderlas, la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser un indicio de la existencia de una subordinación subyacente.

La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar: se puede determinar a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo o la imposición de reglamentos internos o el ejercicio del poder de disciplina, en la medida que la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación, por lo que, el accionante debe acreditar su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, pues con ello se pretende demostrar que *“esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual”.*

Que las actividades a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta: la asignación de funciones de este tipo pueden llegar a ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta, siempre que en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral, en consecuencia, incumbe al actor probar la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en la que la entidad

ostenta la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia y que la permanencia de sus servicios y la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

Frente a este punto, se sostiene que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal, como aquella de abogado, no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, en tanto, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad

- Prestación personal del servicio: como persona natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente, pues gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a quien se eligió.
- Remuneración: por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación de tipo económico, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó, de modo, que lo que interesa al proceso es la periodicidad o carácter fijo de la remuneración del trabajo.

En esta oportunidad, la Corporación invitó a la Administración a acudir, de forma preferente a la figura de los empleos temporales (artículo 21 de la Ley 909 de 2004) y a la de los supernumerarios (artículo 83 del Decreto 1042 de 1978) en tanto, los considera los instrumentos jurídicos que mejor articulan el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado.

La decisión de unificación, aborda los tópicos relativos a: a) la interpretación de la expresión “término estrictamente necesario” previsto en el literal c del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, b) solución de continuidad en los contratos de prestación de servicios (que se sintetiza en 30 días hábiles), c) prescripción que deberá contarse a partir de la finalización del respectivo vínculo contrato y en los términos dispuestos en la sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, expediente 088-15, CESUJ2 y d) la improcedencia del desembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más por constituir aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

3.3.3 Caso concreto

Efectuado el análisis jurisprudencial que se ha realizado a la figura del contrato realidad, debe indicarse que en el caso concreto, corresponderá al Despacho Judicial de acuerdo con el material probatorio establecer si lo que existió entre la señora María del Carmen Gómez y la ESE Francisco de Paula Santander se constituyó en una verdadera, pero disimulada, relación laboral, subyacente a partir de la suscripción de contratos de prestación de servicios, para el efecto, se analizan los tópicos relativos a la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

A. Prestación personal del servicio

En cuanto a la prestación personal del servicio, se ha de indicar que de acuerdo con los contratos suscritos a partir de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, se acreditó a través de múltiples contratos de prestación de servicios que la demandante brindó su labor a la extinta ESE Francisco de Paula Santander, en un período de tiempo que va desde el 01 de julio de 2003 hasta el 31 de mayo de 2004, con breves interregnos de interrupción, contratación que se realizó con el objeto de contar con los servicios de una auxiliar de enfermería en el área de consulta externa.

De la anterior información se concluye lo siguiente: a) la demandante laboró en todo momento como auxiliar de enfermería y b) la prestación personal del servicio fue personal a través de turnos en el área de consulta externa de la ESE.

En ese orden de ideas, se encuentra acreditado el primer elemento de la relación laboral, que consiste en la prestación personal del servicio.

B. Remuneración por el trabajo prestado

Frente a esta prueba, sea del caso indicar que, junto a la demanda se anexaron comprobantes de registros presupuestales de los contratos suscritos, si bien no se anexó copia de los cheques o extractos bancarios de consignaciones, sobre este elemento no existe controversia, adicional a ello, las testigos informaron –al igual que la actora- que el pago a los contratistas se demoraba unos días más que aquellos de planta de personal, por lo que se debe entender que se cumple con este elemento.

C. Subordinación o dependencia

Para un estudio adecuado de la subordinación predicada en la demanda, el Despacho considera necesario proceder al estudio de ciertos elementos que permitan llegar a la conclusión frente a si nos encontramos ante una relación laboral o si, por el contrario, no se actuó por fuera del trámite contractual de la administración pública, para ello, a su vez, se analizan los siguientes elementos:

Elemento de cumplimiento de funciones misionales de la entidad

Frente a este elemento, se ha de recordar que la labor desempeñada por la señora María del Carmen Gómez correspondía a la auxiliar de enfermería del sector de consulta externa, con ocasión de este aspecto, sea del caso traer a colación el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se ha de realizar a través de las empresas sociales del

estado, que se constituyen en una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley, las asambleas o concejos.

En estos eventos, el objeto es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del estado o como parte del servicio público de seguridad social, las personas vinculadas a estas tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme con lo previsto en la Ley 10 de 1990, ahora, el numeral 7° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, al relacionar el régimen jurídico prevé lo siguiente: *“El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la Ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios”*.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante prestó sus servicios a la ESE Francisco de Paula Santander y en el área de consulta externa, en principio resultaría plausible concluir, que dicha especialidad se encuentra entre las denominadas misionales, esto es, a las propias que motivan su creación, la que se recuerda se dio como consecuencia de la escisión del extinto Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, de lo dicho por las testigos no se logra identificar las funciones de la auxiliar de enfermería y si las que la actora desempeñaban estaban relacionadas o estrechamente vinculadas a la prestación del servicio de salud.

Si bien, la declaración de la señora Belqui Rodríguez Peña adujo que la actora ejercía sus mismas funciones, tuvo inconvenientes para informar cuáles eran dichas labores, por su parte, la declaración de la señora Luz Marina Sanabria, pese a que permitió al Despacho conocer del tipo de castigo al que se someterían los contratistas si no cumplían sus funciones, tampoco se identificaron estas -funciones, obligaciones, etc., de modo que el Despacho sobre el particular no cuenta con elementos para generar una conexión entre los contratos suscritos y la prestación de un servicio misional, pues no es suficiente, a juicio de este Despacho, la denominación del cargo, se requiere conocer del actuar directamente relacionado con la prestación del servicio.

En ese orden de ideas, el Despacho no encuentra acreditado este elemento.

Elemento temporalidad:

En cuanto a la temporalidad en el uso de este tipo de contratos, se ha de estimar que, la sentencia de unificación del Consejo de Estado, define lo que ha de entenderse por *“término estrictamente indispensable”* y para ello acude a la interpretación gramatical⁸ y teleológica⁹ de la norma y se advierte que la

⁸ En cuanto al concepto de término y luego de revisado su sentido literal considera que *“no existe complejidad en entender que el sentido del término al que hace referencia la norma es el relativo a «la duración o existencia de algo», que en su particular caso comprende la*

lógica del mismo tiene lugar en la etapa precontractual, en la que la entidad contratante “*aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución*” y por lo tanto “*en algunos casos, el tiempo estimado, ab initio, como «el ajustado enteramente a la necesidad», puede resultar insuficiente. En cualquier caso, las mismas razones que en su momento justificaron la planeación del contrato inicial y la suscripción de los contratos modificatorios del plazo de ejecución, deben encontrar soporte en los mencionados estudios previos*”.

A partir de tales razonamientos, la corporación unifica el sentido y alcance del “*término estrictamente necesario*” como aquel “***que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento***”¹⁰.

Atendiendo al sentido dado a la expresión que reposa en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 puesto de presente, el Despacho encuentra que a la demanda o al expediente en general no se acompañaron los estudios previos a la contratación del demandante, sin embargo, si existen suficientes elementos de juicio para dar alcance y disponer si la labor se desarrolló por el tiempo estrictamente necesario.

Conforme al material probatorio con que se dispone, se tiene que la ESE FPS suscribió con la ahora accionante, contratos de prestación de servicios para atender el cargo de auxiliar de enfermería, los que redundaban los siguientes plazos: 1 mes y hasta los 5 meses.

Dicha relación se prolongó desde el 01 de julio de 2003 y hasta el 31 de mayo de 2004, es decir 11 meses, de modo que, se puede considerar un escenario de “*término estrictamente necesario*”, esto en atención a que no se pudo establecer la conexidad de la labor de la actora con la misionalidad de la ESE, situación, por la que el término no se prolongó en el tiempo de forma indefinida.

En este punto, valga la pena sostener que el apoderado de la parte actora asevera que la actora laboró al servicio de la ESE FPS hasta la culminación del proceso de liquidación y dicha situación fue alegada por una de las

duración o existencia del contrato de prestación de servicios”, por su parte en relación con las palabras estrictamente y necesario, indica que “*se entiende lo ajustado enteramente a la necesidad, esto es, lo que forzosamente debe hacerse o realizarse, y que no se puede prescindir de ello para alcanzar un fin determinado*”.

⁹ En cuanto a la interpretación teleológica de la expresión por el término estrictamente necesario, la Corporación acude a definir el sentido a través de los principios de la Contratación Estatal, en particular, al principio de planeación

¹⁰ Negrilla propia del texto original.

testigos, sin embargo, los testigos no tenían claridad de información sobre las fechas en las que la señora demandante se desempeñó como contratista y de la certificación que reposa en el expediente, el último plazo de prestación de servicios se prolongó hasta el 31 de mayo de 2004.

En ese orden de ideas, este elemento no se entiende acreditado.

Elemento jornada laboral y uso de equipos de la Empresa Social del Estado beneficiaria de los servicios

Finalmente, el Despacho al contemplar este elemento y luego de revisadas las pruebas documentales y escuchada la declaración de los testigos en curso de la audiencia realizada al interior de la actuación, puede advertir que la ESE FPS asignó a la demandante un carnet o escarapela y adicional a ello, proveía de horarios de trabajo asignados mensualmente, lo que en el caso de la señora María del Carmen Gómez implicaba el ejercicio de 48 horas semanales, así mismo, que se suministraba por la ESE la papelería requerida para el área de consulta externa.

De igual manera, la labor desempeñada se realizó en todo momento en las instalaciones de la ESE FPS y no existía posibilidad de movilidad, traslado o aplazamiento de funciones, que los permisos eran de difícil consecución y que operaba el sistema de cambio de turnos para poder ausentarse de las labores, por lo que este elemento se entiende satisfecho.

En consecuencia, los elementos estudiados al interior de la subordinación permiten concluir que no se puede predicar en el asunto de la referencia la configuración de este, en la medida que no se logró identificar la labor de la señora Gómez Velasco con la misionalidad de la entidad y así mismo, los once meses laborados en dicha modalidad de contrato, no permite desvirtuar el precepto que se contiene en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 relativo al término estrictamente necesario.

En sujeción a todo lo anterior, para el Despacho la solución al problema jurídico no es otra que la de negar las pretensiones de la demanda por falta de estructuración de los elementos de la relación laboral.

3.4 COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se efectúa de acuerdo con las previsiones del Código General del Proceso, salvo que se trate de procesos en los que se ventile interés público, sin embargo, revisada la actuación, no se advierte que se hubiesen causado costas, razón por la que no se condenará a la parte vencida en el proceso.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO**, **DECLARAR** probada parcialmente la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, de acuerdo con lo indicado previamente. De igual manera, se **DECLARAN** no probadas las demás excepciones de caducidad, falta de integración del litisconsorcio, inexistencia del demandado y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la **FIDUCIARIA POPULAR S.A. como vocera del PAR ESE FPS**, de acuerdo a lo indicado en los considerandos.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, de acuerdo con los anteriores considerandos.

TERCERO: Abstenerse de **IMPONER** condena en costas a la parte vencida, de conformidad con lo expuesto con anterioridad.

CUARTO: DEVUÉLVASE a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere.

QUINTO: Finalmente, en virtud de lo establecido en la Ley 2080 de 2021 y la Ley 2213 de 2022 se informan los correos electrónicos de las partes intervinientes en esta actuación procesal a efecto de que las partes se sirvan remitir a ellos los memoriales que remitan al Despacho Judicial:

Extremo	Correo electrónico
Parte actora	frankabog@hotmail.com
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	Yenny.pelaez@minhacienda.gov.co notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co
Ministerio de Salud y Protección Social	ministeriodesaludballesteros@gmail.com notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co
Fiduciaria Popular Vocera del PAR ESE FPS	Felixbecerraabogado@yahoo.es

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Alexa Yadira Acevedo Rojas

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

10

Cucuta - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9791c3dfeae55f80fa345647844ba64f7d46b4479f612a00a8031ac3e399b9e9**

Documento generado en 29/06/2022 09:59:16 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>