

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "E"

MAGISTRADO PONENTE DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-35-025-2013-00270-01
Demandante: **MARGARITA CALDERON ROA**
Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN
SOCIAL – FIDUPREVISORA S.A. - MINISTERIO
DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Controversia: CONTRATO REALIDAD

ORALIDAD
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
Ley 1437 de 2011

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y la parte demandada el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2016 por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.-Sección Segunda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró probada la cosa juzgada material respecto de la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, y además, declaró probado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal parcial respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1. 1. PRETENSIONES

Estuvo orientada a las siguientes declaraciones y condenas¹:

La señora **MARGARITA CALDERON ROA** a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contemplado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra el **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL – FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de vocera del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA EXTINTA E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la cual estuvo orientada en resumen a las siguientes declaraciones y condenas:

➤ Se declare la nulidad del oficio No. 2012EE0085082 del 13 de septiembre de 2012 proferido por la Fiduprevisora S.A., el oficio No. 2-2012-034751 del 21 de septiembre de 2012 proferido por el Ministerio de Hacienda y crédito Público, el oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de los cuales se negó la existencia de un vínculo laboral, y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

➤ Como consecuencia de lo anterior, solicitó se declare la existencia de la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada por el período comprendido del 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007.

➤ Solicitó que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a que se le reconozca y pague los salarios y prestaciones adeudadas, entre ellas, el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, y bonificación por servicios prestados.

➤ Adicionalmente, solicitó que ordene a las entidades al pago de los dineros cancelados por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social, al pago de las pólizas de cumplimiento y retención en la fuente, la cancelación de los valores que haya lugar por concepto de intereses moratorios, y el reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo como indemnización por el lucro cesante y daño emergente sufrido por la actora.

¹ Fols. 174 a 176.

➤ Condenar a la entidad demandada a pagar las sumas con los ajustes correspondientes por indexación, a dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA y a condenar en costas.

1.2. HECHOS²:

➤ La demandante fue contratada por prestación de servicios a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, para ejercer las funciones de auxiliar de oficina, desde el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007.

➤ La demandante ejecutaba sus labores de forma directa en compañía de personal de planta, cumpliendo un horario determinado, bajo constante subordinación, sin autonomía, y por dicha labor recibió una remuneración mensual.

➤ Mediante peticiones de fecha 12 de septiembre de 2012 ante la Fiduprevisora S.A., el Ministerio de Hacienda y crédito Público y el Ministerio de Salud y Protección Social, tendiente al reconocimiento de la relación laboral, con el consecuente pago de los emolumentos salariales y prestacionales adeudados, las cuales fueron atendidas desfavorablemente.

➤ Sobre el reconocimiento y declaratoria de la relación laboral, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., Radicado No. 2008-085, profirió fallo absolutorio a favor de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

➤ El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., resolvió el recurso de apelación en contra de la anterior providencia, confirmando lo resuelto, al considerar que existió una relación legal y reglamentaria, razón por la cual se abstuvo de hacer pronunciamiento y dio vía libre para demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante señaló como disposiciones violadas³, los artículos 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Nacional, la Ley 734 de 2002, la Ley 80

² Fols. 176 a 179.

³ Fols. 179 a 182.

de 1993, la Ley 790 de 2002, la Ley 909 de 2004, el Decreto 1042 de 1978, el Decreto 1045 de 1978, el Decreto 1750 de 2003 y el Decreto 4171 de 2009.

Señaló que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral al disfrazar la verdadera relación legal y reglamentaria que se presentó con la demandante por más de cuatro años, es decir, desde el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, período en el cual actuó bajo constante subordinación, sin que le fueran reconocidas las acreencias salariales y laborales a las que tenía derecho el personal de planta, quienes ejercían las mismas funciones de la actora.

Adujo que se debe dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, pues se encuentran reunidos los elementos que estructuran una relación laboral, además, que se desfiguró la noción de contrato de prestación de servicios al desconocerse que es una figura creada para vincular a particulares que ejercen funciones ajenas a las del personal de planta.

Indicó que es evidente la desviación del poder cuando se busca la configuración de cierta situación jurídica impertinente para derivar beneficios indebidos a favor de la administración, es decir, se oculta un fin distinto al legal, como en este caso que se favorece de la labor de la accionante pese al daño antijurídico que le causa.

2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1. LA FIDUPREVISORA S.A.

La entidad demandada encontrándose dentro del término legal, contestó la demanda en escrito obrante a folios 205 a 226, manifestando lo siguiente:

Refirió que la naturaleza de las obligaciones y de los compromisos del orden legal y contractual a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., se limitan de manera exclusiva a la administración de los recursos y activos fidecomitados a fin de realizar los pagos a que hubiere lugar, sin que lo anterior signifique en ningún momento que se asume en calidad de parte cesionaria, liquidadora o patronal, las obligaciones que tenían a su cargo la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

Arguye que la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación conservó su capacidad jurídica para poder realizar actos, operaciones y contratos necesarios para poder efectuar su pronta liquidación, la cual efectivamente concluyó el 6 de noviembre de 2009.

Concluye que la FIDUPREVISORA S.A. no es la representante legal de la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, así como tampoco ha participado activa ni pasivamente en las relaciones laborales o contractuales entre la mencionada empresa social del estado y sus ex funcionarios, razón por la cual resultaría contradictorio predicar la titularidad de derechos y de obligaciones.

Propone como excepciones de fondo las siguientes a las que denominó: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, (ii) Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, (iii) Inexistencia del derecho, (iv) Imposibilidad de dictar sentencia de fondo contra la entidad, (v) Cobro de lo no debido, (vi) Prescripción, y (vii) Caducidad.

2.2. MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La entidad demandada encontrándose dentro del término legal, contestó la demanda en escrito obrante a folios 291 a 303, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Considera que no es dable declarar la nulidad del oficio No. 2012EE0085082 del 13 de septiembre de 2012, como quiera que no fue expedido ni motivado por la entidad accionada, sino que se trata de una respuesta dada por la entidad pertinente la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera del patrimonio autónomo de remanentes de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, además, se remitió la petición presentada a este Ministerio a la Fiduprevisora S.A. y al Ministerio de Salud y Protección Social.

Alegó que el Ministerio de Hacienda y de Crédito Público no puede ser sujeto pasivo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto no hace parte de la relación jurídica material entre la demanda y la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, así como tampoco puede satisfacer el pago de las condenas que le corresponden a entidades adscritas a otros Ministerios.

Finalmente propone como excepciones de fondo las siguientes a las que denominó: (i) Falta de competencia, (ii) Caducidad de la acción, (iii) Prescripción, (iv) Falta de legitimación en la causa por pasiva, (v) Inexistencia de solidaridad entre las accionadas, (vi) Cumplimiento de obligaciones presupuestales, (vii) Fuerza mayor, y (viii) Cosa Juzgada.

2.3. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

La entidad demandada encontrándose dentro del término legal, contestó la demanda en escrito obrante a folios 317 a 325, manifestando lo siguiente:

Arguyó que el acto administrativo demandado fue expedido por la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, quien tuvo personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, siendo capaz de responder por sus actos, hechos, omisiones y operaciones administrativas, siendo independiente de la Nación de cuya estructura administrativa hace parte del Ministerio de la Protección Social, configurándose la falta de legitimación por pasiva, es decir una ausencia de la correspondencia o identidad entre la persona frente a la cual corresponde exigir las pretensiones.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, señala que el liquidador es el que debe responder por las obligaciones y responsabilidades que tenga la extinta empresa social del estado con sus ex trabajadores, razón por la cual el Ministerio de Salud y Protección Social no está llamado a responder.

Finalmente, propuso como excepciones de fondo las siguientes a las cuales denominó: (i) Falta de legitimidad en la causa por pasiva, (ii) Prescripción, Tramite inadecuado de la demanda, (iii) Cobro de lo no debido, (iv) Inexistencia de la obligación, y (v) innominada.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Veinticinco (25) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.⁴, dictó sentencia el 27 de mayo de 2016, mediante la cual declaró probada la cosa juzgada material respecto de la Fiduprevisora S.A. en calidad de

⁴ Fols. 412 a 434.

vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, y además, declaró probado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal parcial respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Refirió el juez de instancia en primer lugar, que se encuentra probada la cosa juzgada material, toda vez que la accionante ya había sometido el asunto a controversia ante la jurisdicción ordinaria laboral como consta en el proceso radicado No. 2008-00085, el cual fue resuelto por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., quienes resolvieron absolver a la accionada.

Lo anterior, como quiera que encontró que concurren: (i) los mismos sujetos procesales, sin que mute dicha entidad el que en el presente asunto se haya incoado la demanda contra la Fiduprevisora S.A. como vocera del patrimonio autónomo de remanentes de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, (ii) identidad de objeto, y (iii) identidad de causa petendi, pues se persigue la declaratoria de la relación laboral entre la accionante y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento por el período comprendido entre el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, razón por la cual es imposible efectuar un nuevo pronunciamiento, so pena de atentar contra la seguridad jurídica.

Dispuso que en gracia de discusión de probarse que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le asiste responsabilidad jurídica con respecto de las relaciones laborales de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, tales derechos fueron objeto de prescripción, lo anterior con fundamento a que la relación culminó el 30 de septiembre de 2007, tendiendo tiempo para realizar la solicitud y presentar la demanda correspondiente el 30 de septiembre de 2010, razón por la cual se configuró el fenómeno de la prescripción, y negó la solicitud de reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales deprecados diferentes a salud y pensión.

Sin embargo, señaló que si bien en los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado se dispuso que frente a los aportes realizados al sistema de seguridad social en pensión y salud no opera el fenómeno de la prescripción, se aparta de dicha línea jurisprudencial al considerar que los aportes tienen naturaleza parafiscal, quienes son objeto del fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, al establecer que la accionante elevó solicitud ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los cinco años de que trata el artículo 817 del Estatuto Tributario y el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014, hay lugar a condenar a la entidad al pago de los aportes a salud y pensión, luego de que estableció que se está frente a un contrato de realidad, en el que evidentemente se presentó el elemento de la subordinación de la demandante.

En consecuencia, declaró probada la excepción de cosa juzgada material respecto de la Fiduprevisora S.A. como vocera del patrimonio autónomo de remanentes de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, la existencia de la relación laboral entre la demandante y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento por el período comprendido entre el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, la prescripción trienal y parcial del derecho respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con excepción de los aportes a salud y pensión, como consecuencia ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público devolver los aportes que efectuó de más por concepto de aportes a salud y pensión.

4. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. COMPETENCIA

El artículo 153 del C.P.A.C.A. dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

4.2. TRÁMITE

Mediante auto de 10 de octubre de 2016⁵, este Tribunal admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en contra de la sentencia del 27 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.- Sección Segunda.

4.3. RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

⁵ Fol. 500.

La parte demandante interpuso recurso de apelación, cuya sustentación reposa a folios 439 a 451 del expediente, con el objeto de que se revoque parcialmente la sentencia de instancia, en los numerales 1°, 2° y 6°, y en consecuencia se declare la nulidad de los actos acusados, y se condene a título de restablecimiento del derecho las acreencias solicitadas.

Argumentó que no se configuró la cosa juzgada material, toda vez que en el proceso ordinario se pretendió el reconocimiento de la relación laboral bajo la perspectiva de la Ley 6° de 1945 y el Decreto 2127 de 1945 en calidad de trabajadora oficial, y en el presente se pretende la declaratoria de nulidad de los actos acusados con la consecuente reparación del daño a título de restablecimiento del derecho.

Sostuvo que la prescripción debe ser calculada teniendo en cuenta que la sentencia tiene efecto de constitutiva, y en caso de considerar la aplicación de dicho fenómeno, resaltó que se debe dar prevalencia al principio de favorabilidad al trabajador.

4.4. RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La entidad accionada interpuso recurso de apelación cuya sustentación reposa a folios 452 a 467 del expediente, con el objeto de que se revoque la sentencia de instancia, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Argumentó que el juez de instancia debió inhibirse de proferir sentencia de fondo pues en el presente asunto se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda por no haber demandado todos los actos administrativos, pues considera que la Resolución RCA No. 0001 del 17 de diciembre de 2007 que fue objeto de controversia en la jurisdicción ordinaria, debió haber sido demandada.

Agregó que no existe legitimidad en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues en todo caso el Ministerio llamado a responder es el Ministerio de Salud y Protección Social, quien celebró contrato de fiducia mercantil para el cumplimiento de las obligaciones de la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

Expuso que el acto administrativo No. 2-2012-034751 del 21 de septiembre de 2012 proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es un acto de trámite el cual no es susceptible de ser enjuiciado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 12 de noviembre de 2016 (fol. 504), se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión obrante a folios 507 a 512, reiterando los argumentos de la demanda y el recurso de apelación.

La Fiduprevisora S.A. presentó alegatos de conclusión obrante a folios 514 y 515, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

6. TRAMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada para reparto el 9 de abril de 2013 (fol. 174), y por auto del 2 de agosto de 2013 se dispuso su admisión (fols. 196 y 197), luego, las entidades demandadas contestaron en término la demanda (fols. 205 a 226, 291 a 303, 317 a 325).

Se celebró audiencia inicial el 9 de octubre de 2014 (fol. 351 a 355), en el que se dispuso requerir al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con el fin de que remitieran copia simple de la totalidad de los expedientes Nos. 2008-00085 y 2007-00026, requerimiento al cual solo dio respuesta el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., quien aportó copia de la actuación procesal y de las providencias de primera y segunda instancia (cuaderno No. 2).

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si la demandante **MARGARITA CALDERON ROA** tiene derecho al reconocimiento del “*contrato realidad*” durante los períodos en que estuvo vinculada bajo Contrato de Prestación de Servicios con la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral, legal y reglamentaria, o si por el contrario, existió una relación eminentemente contractual sin derecho a prestación alguna regida por la Ley 80 de 1993, tal como lo sostiene la entidad accionada.

Para resolverlo se tendrán en cuenta además de las premisas fácticas y normativas, el análisis de las pruebas recaudadas, y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

2. DE LA COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En primer lugar, debe señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, corresponde a esta Sala, resolver sin limitaciones el presente asunto, pues se advierte que ambas partes apelaron la decisión de primera instancia.

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (Destaca la Sala)

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispuso:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. *La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.*

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.”

3. CUESTIONES PREVIAS – PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS O SUBORDINADOS:

3.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Al respecto, la Sala considera pertinente hacer algunas precisiones frente a la legitimación de las accionadas en el presente asunto, así:

En el presente caso, la demanda se dirigió contra el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la FIDUPREVISORA S.A., contra quienes fue admitida la demanda (fols. 196 y 197), para que fueran efectivamente vinculadas al proceso e intervinieran en el.

Ahora bien, la demandante **MARGARITA CALDERON ROA** pretende el reconocimiento del “*contrato realidad*” durante los períodos en que estuvo vinculada bajo las Ordenes de Prestación de Servicios en la **E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO** “en liquidación”, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral, legal y reglamentaria, en calidad de ex empleada pública, entidad que finalizó el proceso liquidatorio el 6 de noviembre de 2009, según lo establecido en los Decretos 3202 de 2007 y 4241 de 2009.

Luego, con ocasión del trámite de liquidación de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO “en liquidación”, se celebró contrato de Fiducia Mercantil No. 114 del 30 de diciembre de 2008, entre el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y la FIDUPREVISORA S.A., cuyo objeto fue la “*la administración...del patrimonio autónomo a integrarse con los activos que le transfiere la ESE; efectuar los pagos con cargo a dichos recursos y administrar los*

procesos judiciales, contratos y reservas cedidas por la liquidación se la mencionada empresa”.

Lo anterior teniendo en cuenta que la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO “en liquidación”, se encontraba adscrita a ese Ministerio, en efecto señala el Decreto 1750 de 2003 “*Por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado*”, en su artículo 2º “*Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social, y cuyas denominaciones son: (...) 4. Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.*” (Destaca la Sala).

No obstante, mediante el otro sí No. 112 (prorroga y modificación) al contrato de fiducia mercantil No. 114 de 30 de diciembre de 2008 se dispuso que a partir del 30 de septiembre de 2016 la FIDUPREVISORA S.A., quedará exonerada de forma expresa del manejo, seguimiento y administración de los procesos vigentes que le fueron entregados por el liquidador de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO “en liquidación”, los cuales serán entregados a la DIRECCIÓN JURIDICA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, para que sea este quien continúe con la defensa judicial de los mismos.

Se debe precisar, que según lo dispuesto en el Decreto 4171 del 29 de octubre de 2009, suscrito por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, se dispuso que únicamente intervendría en el proceso de liquidación de la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO “en liquidación”, girando los recursos necesarios para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación, a la entidad fiduciaria contratada para tal efecto, de conformidad con lo señalado en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006.

En estas condiciones, se entiende que corresponde al Ministerio de la Protección Social, por ser la entidad respecto de quien se entiende que operó la figura de la sucesión procesal, asumir la defensa jurídica del presente asunto, según lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil No. 114 de 30 de diciembre de 2008 y sus modificaciones.

Así las cosas, se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUPREVISORA S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por las razones expuestas, y como consecuencia, se aclarará que corresponde al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, responder frente al posible reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la declaratoria de la relación laboral entre la demandante MARGARITA CALDERON ROA y la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO “en liquidación”.

3.2. DE LA COSA JUZGADA

Previo a resolver de fondo el asunto planteado, la Sala considera necesario referirse al fenómeno jurídico de la cosa juzgada en los siguientes términos:

La Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, publicada en el 47.956 de 18 de enero de 2011, dispuso:

“Artículo 180. Audiencia inicial. (...) 6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.

7. Fijación del litigio. Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la de reconvencción, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación de litigio.

Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las

conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Artículo 189. *Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

Artículo 306. Aspectos no regulados. *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”.*

De igual forma, para analizar la procedencia del fenómeno de la cosa juzgada, es necesario acudir al artículo 303 del Código General del Proceso en virtud de la remisión que hace el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, el cual estableció:

“Artículo 303. Cosa juzgada. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”.

Así, la cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones de una sentencia y otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, advirtiéndose que los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica; la importancia de este atributo deviene de su propia finalidad, la cual es la de conferir estabilidad, firmeza y certeza a las decisiones judiciales, evitando que el mismo asunto pueda ser debatido indefinidamente ante la jurisdicción.

La figura de la cosa juzgada está atada a los efectos de la sentencia, por lo que si en esta se declara la nulidad de un acto administrativo, dicha determinación genera la cosa juzgada de manera general y para todos, es decir, efectos erga omnes, mientras que si se niegan las pretensiones de nulidad de un acto administrativo, se produce el fenómeno de la cosa juzgada pero únicamente en lo que atañe a la causa petendi⁶, en otras palabras, en lo que se refiere a los argumentos o motivos alegados en la demanda resuelta.

A su vez, se distinguen dos modalidades, la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, la primera, opera cuando la sentencia queda ejecutoriada, ya porque no se hizo uso de los recursos dentro del término de Ley, o porque interpuestos estos se resolvieron por parte de la autoridad correspondiente, y la segunda, tiene lugar cuando contra la sentencia no existe posibilidad alguna de recurso, bien porque contra el fallo no proceden, porque éstos fueron decididos de manera desfavorable o bien porque el término de los recursos extraordinarios precluyó.

En ese orden, existen tres presupuestos necesarios para confrontar y determinar la existencia de la cosa juzgada, luego, requiere de la conjunción de los siguientes elementos: (i) identidad de partes: que se trate de unas mismas personas que figuren como sujetos pasivo y activo de la acción, (ii) identidad de objeto: que las pretensiones reclamadas en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el *petitum* del primero en donde se dictó el fallo, y (iii) identidad de causa: cuando el motivo o razón que sirvió de fundamento a la primera demanda, se invoca nuevamente en una segunda.

⁶ Según CABANELLAS, Guillermo, por «causa petendi» se entiende el «fundamento de la petición». Véase su libro «REPERTORIO Jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos». Editorial Eliasta. 4ª Edición Ampliada. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 209.

Ahora bien, respecto de la cosa juzgada, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, ha señalado:

“(...) la cosa juzgada tiene como función negativa prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes trabaron la Litis como partes o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto inter partes. No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a ciertas decisiones efecto erga omnes, es decir, que el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad.

De esta forma, la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión.

Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado.

(...)

Ahora bien para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

*a).- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.*

*b).- **Identidad de causa petendi**, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

*c).- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.” (Destaca la Sala)*

Respecto de la cosa juzgada se tiene que el Consejo de Estado, en sentencia del 26 de febrero de 2015, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, Actor:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” sentencia de 28 de febrero de 2013, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Número Interno 2229-2007, actor Luz Beatriz Pedraza Bernal.

Armando Ramírez Olarte, Contra, Ministerio de Salud y Protección Social, Radicado No. 17001-23-33-000-2014-00219-01, consideró:

“Esta Sala ha expresado que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable.

Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos.

(...)

De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes.”

Conforme a lo anteriormente expuesto, se colige, que para configurar el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, es necesario que se den los tres elementos inicialmente referidos, por lo cual para determinar si en el caso concreto la cosa juzgada se configuró respecto del proceso ordinario No. 11001-31-05-006-2008-00085-00 (fols. 262 a 276), la Sala se vale del siguiente esquema:

Proceso	<u>Proceso 11001-31-05-006-2008-00085-00 (Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.)</u>	<u>Proceso 11001-33-35-025-2013-00270-00 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda - Sub sección 'E')</u>
ESTADO	CULMINADO	EN CONOCIMIENTO
PARTES	<u>Demandante:</u> MARGARITA CALDERON ROA <u>Demandado:</u> E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO	<u>Demandante:</u> MARGARITA CALDERON ROA <u>Demandado:</u> FIDUPREVISORA S.A EN CALIDAD DE VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA EXTINTA E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO-MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
	Solicitó la declaratoria del contrato laboral entre la demandante y la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán	Solicita la declaratoria de nulidad del oficio No. 2012EE0085082 del 13 de septiembre de 2012

<p style="text-align: center;">OBJETO PRETENSIONES</p>	<p>Sarmiento, por el período comprendido entre el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007.</p> <p>Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condenara a la accionada al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, dominicales, festivos, indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, el reajuste de salario por convención colectiva, incrementos adicionales, prima técnica, bonificación pro prima de convención, auxilio de alimentación, aportes al Sistema de Seguridad Social en pensión y salud, de los valores correspondientes a las pólizas de cumplimiento y retención en la fuente, debidamente indexados.</p>	<p>proferido por la Fiduprevisora S.A., el oficio No. 2-2012-034751 del 21 de septiembre de 2012 proferido por el Ministerio de Hacienda y crédito Público, y el oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de los cuales se negó el reconocimiento de la existencia de un vínculo laboral, y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.</p> <p>Como consecuencia de lo anterior, solicitó como restablecimiento del derecho se condene a las demandadas a que se le reconozca y pague los salarios y prestaciones adeudadas, entre ellas, el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, y bonificación por servicios prestados.</p> <p>Adicionalmente, solicitó que ordene a las entidades al pago de los dineros cancelados por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social, al pago de las pólizas de cumplimiento y retención en la fuente, la cancelación de los valores que haya lugar por concepto de intereses moratorios, y el reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo como indemnización por el lucro cesante y daño emergente sufrido por la actora, debidamente indexadas.</p>
<p style="text-align: center;">CAUSA</p>	<p>El derecho que le asiste a la demandante de que le sea reconocida la existencia de una relación laboral, en calidad de <u>TRABAJADORA OFICIAL</u>, durante el período que fue vinculada a la entidad a través de contratos de prestación de servicios, es decir, desde el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, en el cual desempeñó el cargo de Auxiliar de Oficina ejerciendo idénticas labores a las del personal de planta, alegando la presencia del elemento esencial de subordinación en la relación.</p> <p>En conclusión, buscó probar la simulación de la verdadera relación laboral entre las partes, de las cuales la entidad se</p>	<p>El derecho que le asiste a la demandante de que le sea reconocida la existencia de una relación laboral, en calidad de <u>EMPLEADA PUBLICA</u>, durante el período que fue vinculada a la entidad a través de contratos de prestación de servicios, es decir, desde el 1° de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, en el cual desempeñó el cargo de Auxiliar de Oficina ejerciendo idénticas labores a las del personal de planta, alegando la presencia del elemento esencial de subordinación en la relación.</p> <p>En conclusión, buscó probar la simulación de la verdadera relación laboral entre las partes, de las cuales la entidad se benefició y la parte actora se vio</p>

	benefició y la parte actora se vio afectada al no serle reconocidas y pagadas las diferencias y acreencias salariales y prestacionales.	afectada al no serle reconocidas y pagadas las diferencias y acreencias salariales y prestacionales.
--	---	--

A partir de lo confrontado, se colige en primer lugar, que existe identidad de partes, pues si bien en el proceso 11001-31-05-006-2008-00085-00 la actuación se adelantó en contra de la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, y en el que nos ocupa se adelantó en contra de la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es que a consideración de la actora estaban llamadas a responder en caso de encontrarse así, con ocasión a la liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

En segundo lugar, en cuanto a la identidad de objeto, se evidencia que el Proceso No. 11001-31-05-006-2008-00085-00 se circunscribió a obtener el reconocimiento y declaratoria de la relación laboral simulada con los consecuentes pagos salariales y prestacionales a los que haya lugar en calidad de trabajadora oficial, y en el proceso que nos compete se solicitó la nulidad de los oficios No. 2012EE0085082 del 13 de septiembre de 2012 proferido por la Fiduprevisora S.A., No. 2-2012-034751 del 21 de septiembre de 2012 proferido por el Ministerio de Hacienda y crédito Público, y No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de los cuales se negó toda existencia de un vínculo laboral, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales a las que haya lugar, al considerar que la calidad que ostentó la demandante fue la de empleada pública.

Ahora bien, en relación con el requisito de identidad de causa, entendida como la plena coincidencia entre la razón o motivos por los cuales se demanda, se establece que si bien se podría considerar que son similares al pretender la declaratoria de la existencia de una relación laboral con el consecuente pago de las acreencias salariales y prestacionales, lo cierto es que en realidad resultan disímiles, pues se resalta que en el proceso laboral ordinario se pretendió la declaratoria de la relación laboral alegando que la demandante ostentó un cargo similar al que desempeña en la planta de la entidad por un trabajador oficial, y en el presente proceso se pretende la declaratoria de los actos acusados que negaron la relación laboral, teniendo en cuenta que por el propio

pronunciamiento de la jurisdicción laboral, se determinó que la accionante llevó a cabo funciones propias de las de una empleada pública.

Para mayor claridad, la sentencia del 23 de abril de 2009 proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., señaló⁸:

“(…)

PRINCIPALES

Declarar que entre la demandante y la empresa demandada ha existido contrato laboral desde el 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007, esa pretensión con fundamento en los artículos 2 y 3 del decreto reglamentario 2127 de 1945.

(…)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

(…)

De acuerdo con la instrucción del expediente y en especial con la documental aportada al proceso, acreditó el plenario que la demandante se vinculó con la entidad demandada en forma continua e interrumpida, a partir del 1 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007, según acreditación producida en el plenario con la documental que corre a folios 98 y 134 a 186 con pleno valor probatorio de acuerdo con lo normado por el artículo 54 del CPL, adicionado por la ley 712 de 2001, artículo 24, con alcance de plena prueba de conformidad con lo normado por el artículo 262 del CPC, de acuerdo con la relación siguiente:

(…)

Efectuada la anterior determinación, conviene definir la naturaleza de la relación laboral que ligo a las partes contendientes en Litis, advirtiendo el juzgado que corresponde a esta jurisdicción la definición de las pretensiones de la demandada solo en el evento de que la demandante hubiera detentado la calidad de trabajadora oficial.

(…)

*Con la prueba documental relacionada en la presente providencia estableció el plenario que la demandante se desempeñó en la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO como Auxiliar de Oficina, cargo no destinado al mantenimiento de la planta física de la empresa o de servicios generales en la misma institutico en el entendido que la demandante cumplió funciones de registro y facturación (fols. 100. 101). La acreditación expuesta permite concluir de acuerdo con lo normado por el artículo 26 de la ley 10 de 1990 que **la demandante detento la calidad de empleada pública.***

La demostración anterior, conduce a proferir la absolución de la demandada ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO de acuerdo con lo normado por el artículo 2 del CPTS, modificado por la ley 712 de 2001, artículo 2.

⁸ Fols. 262 a 176.

(...)”. (Destaca la Sala)

La anterior providencia fue objeto de apelación la cual fue resuelta el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, el cual dispuso⁹:

“(...) De conformidad con las normas pretranscritas, concluye la Sala que quienes prestan sus servicios para entidades públicas prestadoras del servicio de salud, entre las que se encuentra la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, por regla general tiene la calidad de empleados públicos y excepcionalmente tienen la condición de trabajadores oficiales aquellos servidores dedicados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

En estas condiciones, si la demandante presto sus servicios para la E.S.E demandada desempeñando funciones de AUXILIAR DE OFICINA, según se infiere de los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes (Folios 134 a 186) y de la constancia de folio 98, es evidente que su vinculación no pudo estar regida por un contrato de trabajo, sino que eventualmente se trataría de una relación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos. Ello por cuanto no se demostró que las funciones desempeñadas por la demandante tengan relación con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

(...)

En estas condiciones, al no demostrarse la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, dada la naturaleza jurídica de la demandada y las funciones desempeñadas por la demandante, resulta forzoso confirmar la absolución impartida por la Juez de primera instancia. Ello por cuanto las suplicas de la demandada depende de la demostración del contrato de trabajo alegado por la actora, aunque impropiamente se haya formulado como subsidiarias de la pretensión principal.

Importa anotas que en casos análogos al presente esta Tribunal ha declarado probada la excepción previa de falta de jurisdicción, lo cual no sucedió en este caso por cuanto no se propuso dicha excepción.

En efecto, este Tribunal ha considerado que en estos específicos casos no es del caso agotar un proceso laboral, con las consecuencias que ello implica en cuanto a pérdida de tiempo para el demandante y desgaste de la administración de justicia, cuando existe la evidencia y la claridad suficiente para determinar que el actor es un empleado público y no un trabajador oficial. Ello por cuanto, como ya se vio, es la Ley la que fija la calidad de empleado público o trabajador oficial y, por tratarse de normas de orden público, tales disposiciones no pueden ser modificadas por las partes.

Es por lo anterior que si durante el trámite del proceso se advierte que el vínculo laboral que unió al demandante con el demandado no está regido por un contrato de trabajo, sino eventualmente por una relación legal y reglamentaria, se debe declarar la incompetencia del Juez del trabajo para conocer de

⁹ Fols. 305 a 312.

la controversia, ya que es claro que la totalidad de las pretensiones de la demanda estarían llamadas al fracaso, pues dependen de la demostración del contrato de trabajo alegado.

El criterio mencionado tiene fundamento en el carácter tuitivo del derecho del trabajo ya que resulta más beneficioso para el servidor demandante que en la etapa de decisión de excepciones previas o de saneamiento del litigio se determine la jurisdicción a la que corresponde conocer su caso, que adelantar u proceso judicial para concluir que el actor no logro demostrar su condición de trabajador oficial en atención a la naturaleza jurídica de la entidad para la cual presto sus servicios.

Por ello, encontrándose ya el proceso en la etapa de juzgamiento no le queda otro camino al Juez que adoptar una decisión absolutoria, como aquí aconteció.

Los razonamientos que anteceden resultan suficientes para confirmar el fallo apelado. Así se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.”.

Por consiguiente, en el presente asunto no se encontró probados todos los requisitos para que se presente la cosa juzgada, en especial la denominada “*causa petendi*”, señalando que las razones que dieron origen a la acción dentro del radicado que hoy nos ocupa, son distintas a aquellas que dieron lugar a las sentencias proferidas el 23 de abril de 2009 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, y en segunda instancia el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., pues en dicha ocasión se admitió y dio trámite al proceso ordinario, teniendo en cuenta la calidad que al parecer ostentó la demandante, es decir, la de trabajadora oficial, y que solo estando para fallo se advirtió de dicha situación, sorprendiendo a la parte actora con la decisión adoptada. Lo que está claro para la Sala, es que a la demandante se le generó una expectativa de que su proceso en la jurisdicción laboral ordinaria sería decidido de fondo, pues se le había admitido la demanda y no se le había declarado ninguna excepción de falta de jurisdicción, pero no obstante ello, al decidirse formalmente de fondo, se sustentó la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, en que no se podía analizar el régimen del asunto por tratarse de una empleada pública y no de una trabajadora oficial, con lo cual se escapaba de su jurisdicción, y por eso se negaron las pretensiones.

Así las cosas, para la Sala es claro que entre la acción tramitada ante el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., y la acción tramitada ante esta Corporación, no existe identidad de causa, por lo que la parte demandante se

encuentra facultada para incoar la presente Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, y no se encuentra probada la cosa juzgada.

3.3. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Frente a las excepciones propuestas por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Sala considera necesario aclarar que las relativas a prescripción, trámite inadecuado de la demanda, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, corresponden a aquellas que son resueltas con el fondo del asunto, por lo tanto, se estudiará de forma previa si operó la excepción denominada caducidad de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en cuanto a que la demandante debió presentar la demanda dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de la respuesta dada el 12 de octubre de 2012, o si por el contrario no operó dicho fenómeno.

Con relación a lo anterior, manifiesta esta Corporación que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha determinado que tratándose únicamente de prestaciones periódicas no aplica el fenómeno de la caducidad, según lo dispuesto en el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, pues los actos que decidan prestaciones periódicas, aun cuando se nieguen, son susceptibles de demanda en cualquier tiempo.

Cabe anotar que en el caso que nos ocupa se pretende la declaratoria de la existencia de una relación legal y reglamentaria entre la demandante y la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, y en calidad de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada a pagar a favor de la accionante, todas y cada una de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el período señalado.

Sin embargo, es pertinente advertir que no se está frente a la reclamación de prestaciones periódicas, sino frente a la solicitud de una declaratoria de relación laboral, y que como consecuencia de esa declaratoria se cancele a título de restablecimiento del derecho las diferencias salariales y las prestaciones sociales debidas, las cuales constituyen un pago con carácter unitario, motivo por el cual es predicable la caducidad de la acción.

No obstante lo anterior, no acontece lo mismo frente a las diferencias por cotizaciones a pensión, salud y a riesgos laborales, pues como lo señaló la

Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Sección Segunda, CP: Carmelo Perdonó Cueter, Radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), ostentan un carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, que están exceptuadas de la caducidad del medio de control, conforme a lo señalado en el literal c) del numeral 1° del artículo 164 del CPACA.

Retomando, y teniendo en cuenta la argumentación esbozada en la demanda, es evidente que la actora deprecia la nulidad del oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012, proferido por la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, a través del cual se despachó desfavorablemente el reconocimiento de la existencia del contrato realidad y el pago de las prestaciones sociales que de él se deriven.

En la medida en que el citado acto fue proferido en virtud de la reclamación administrativa que formuló la parte actora, constituye la manifestación de la administración que genera efectos jurídicos inter partes, y que es objeto de ser impugnado a través de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Por su parte, los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001, preceptuaron lo siguiente:

“ARTICULO 20. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. *Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.*

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

PARAGRAFO. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación.

ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. *La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.* (Destaca la Sala).

Al interpretar la anterior disposición, el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante el auto del 7 de febrero de 2006, Radicación No. 68001-23-15-000-2004-01606-01 (32215), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, precisó que la solicitud de conciliación suspende el término de caducidad, por una sola vez, y que la misma finaliza hasta que: i) se logre el acuerdo conciliatorio, ii) se expida la constancia a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2011, o iii) vencido el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud, lo que ocurra primero.

Ahora bien, conviene tener presente que el artículo 72 del C.P.A.C.A., dispuso:

“ARTÍCULO 72. FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES Y NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales. (...)” (Destaca la Sala).

El Consejo de Estado sostuvo que cuando exista duda de la fecha a partir de la cual se debe contar la caducidad de la acción, es a la administración a quien corresponde demostrar que la demanda fue presentada de forma extemporánea, y que en caso contrario, debe contarse a partir del momento en el que se acredite que el accionante tuvo conocimiento de la decisión de la respectiva entidad, de la siguiente manera¹⁰:

“La Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades que existiendo duda acerca de la fecha a partir de la cual ha de contarse la caducidad de la acción, corre a cargo de la administración demostrar en el curso del proceso, si en verdad la acción contencioso administrativa se interpuso extemporáneamente.

(...)

No obra dentro del expediente constancia de la notificación personal del acto administrativo al demandante. Se advierte también, que el recibido de dicho acto no se encuentra firmado por el demandante como indicación de haber sido debidamente notificado. Es claro que sólo conoció de aquella decisión, por conducta concluyente, el 29 de mayo de 1997 cuando supuestamente recibió la suma allí contenida (fl. 136) o como mínimo el 11 de junio de 1997 cuando presentó una solicitud de reconsideración de la liquidación efectuada (fl. 15).

Siendo así, el término previsto en el inciso segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo debe empezarse a

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 10 de mayo de 2007, Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02965-01(6918-05); C.P.: Jaime Moreno García y Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 1º de julio de 2009, Radicación número: 41001-23-31-000-2008-00075-01(1760-08), Actor: Henry Ortiz Pulido, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez

contar, en este caso, a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento del acto administrativo del 24 de abril de 1997, es decir desde el 29 de mayo u 11 de junio de 1997. Como entre estas fechas y la de presentación de la demanda - 10 de noviembre de 1997 (folio 94)- transcurrió un término superior al establecido en la ley, es claro que operó el fenómeno de la caducidad de la acción.”

Así las cosas, como dentro del expediente no reposa la constancia de notificación del oficio de fecha 2 de octubre de 2012 proferido por la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO, se entiende que este fue notificado el 9 de noviembre de 2012 (por conducta concluyente), toda vez que ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial¹¹, de la cual reposa copia del acta de la audiencia de conciliación proferida por la Procuraduría No. 55 Judicial II para Asuntos Administrativo¹², y que fue declarada fallida el día 7 de febrero de 2013. Por último, presentó la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el 9 de abril de 2013¹³, por lo tanto, como la presentación de la demanda se efectuó dentro de los (4) meses contemplados por la Ley, es decir, los siguientes a la notificación por conducta concluyente en este caso (restando el tiempo que duró el trámite de la conciliación extrajudicial), se tiene que no operó el fenómeno de la caducidad.

4. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLES AL CASO EN ESTUDIO – CONTRATO REALIDAD

Es necesario hacer las siguientes precisiones respecto de algunos puntos de la controversia, los cuales ya han sido profundizados por la jurisprudencia, resaltándose los siguientes pronunciamientos:

La Corte Constitucional en sentencia de Tutela T-723 del 16 de diciembre de 2016, M.P. (E.) Aquiles Arrieta, analizó la situación actual del abuso de la figura del contrato de prestación de servicios y la diferencia entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, señalando:

“4.4. De otra parte, es un hecho constatado por la jurisprudencia que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplia la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar relaciones laborales y evadir consistentemente el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado además, la excepcionalidad de este tipo de contratación. En ese contexto, las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de

¹¹ Fols. 161 a 171.

¹² Fol. 173.

¹³ Fol. 186.

las prácticas y artilugios estratégicos a los que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral y burlar los derechos laborales constitucionales de los trabajadores al servicio del Estado, sobre todo cuando es éste el principal encargado, a través de sus entidades, de garantizar el cumplimiento de la Carta Política. El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado. Al respecto la Corte señaló que:

“[a]sí las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.”¹⁴

Lo anterior, nos lleva a concluir, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera primordial cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales contenido en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente del título jurídico que se le haya dado a dicha relación.

¹⁴ En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-629 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. María Victoria Calle y Gabriel Eduardo Mendoza), y en sentencia C-171 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), en donde la Corporación afirmó que un contrato de prestación de servicios no podía usarse cuando en realidad se está llevando a cabo una relación laboral, y por lo tanto, ejecutándose un contrato laboral.

Sobre este particular, el Consejo de Estado, en fallos como el del 16 de junio de 2016 proferido dentro del expediente No. Interno 1317 - 15 C.P. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, ha insistido en la necesidad de que se acrediten de manera clara los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, expresando lo siguiente:

“En primer lugar, es preciso señalar que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En el presente caso se encuentra demostrado que la demandante prestó servicios como coordinadora de eventos culturales y comunitarios, en razón de los cuales debía realizar informes técnicos mensuales, participaba en equipo para la celebración de actividades recreativas y culturales; rendía informes permanentes a la Jefe de Recursos Humanos y cumplía las órdenes impuestas por ella, elementos que encuadrarían dentro del elemento subordinación, adicional a que la función fue ejercida por un término de 3 años, lo que indica claramente que la labor para la cual fue contratada no era temporal sino permanente”.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se colige que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista ejerció una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público en igualdad de condiciones, constatando de ésta forma, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Esta tesis es la que ha prevalecido al interior del Consejo de Estado, en la cual se ha dado aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser objeto de prueba.

Sobre los efectos del reconocimiento de la relación laboral y sus derechos patrimoniales, pero no el status de empleado público, indicó la Honorable Corte Constitucional lo siguiente¹⁵:

“4.7. De la jurisprudencia descrita tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado se puede concluir que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica “desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral”.¹⁶ En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. De manera que, aun cuando se trata de relaciones laborales con el Estado, declarar la existencia del contrato no significa que el trabajador adquiera la condición de empleado público, pues como se indicó, sus características de vinculación a la administración son diferentes.”

Por lo anterior, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha llevado a la consecuencia jurídica del necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el período realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral disfrazada bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, dejando de lado la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁷.

Así las cosas, la actividad probatoria de la parte demandante debe estar dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, principalmente el de subordinación, que es el elemento que caracteriza la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del material probatorio debidamente aportado al expediente en aras de determinar las condiciones reales de prestación del servicio en este caso.

III. DEL CASO EN CONCRETO

¹⁵ - Corte Constitucional, sentencia T-723 del 16 de diciembre de 2016, MP. (E.) Aquiles Arrieta.

¹⁶ - Corte Constitucional, sentencia T-903 de 2010, MP. Juan Carlos Henao.

¹⁷ - Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección “A”. sentencia del 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Dr. JAIME MORENO GARCÍA; sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

1. DE LOS HECHOS PROBADOS

La demandante **MARGARITA CALDERON ROA** prestó sus servicios en la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, ejerciendo la labor de Auxiliar de Oficina, y registrando los siguientes contratos de prestación de servicios:

ORDEN DE SERVICIOS Y/O CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	PLAZO O CONTENIDO	DENOMINACIÓN LABOR	FOLIOS
Adicional CPS No. 15682 del 14 de junio de 2003	2 meses y 15 días (Desde el 1° de diciembre de 2003 al 15 de febrero de 2004)	AUXILIAR DE OFICINA	115-156
CPS No. 0535-04	1 mes (Desde el 16 de febrero al 15 de marzo de 2004)	AUXILIAR DE OFICINA	154 y 155
CPS No. 4092-04	1 mes y 15 días (Desde el 16 de marzo al 30 de abril de 2004)	AUXILIAR DE OFICINA	116 y 117-150 y 151
CPS No. 6593-04	2 meses (Desde el 1° de mayo al 30 de junio de 2004)	AUXILIAR DE OFICINA	152 y 153
CPS No. 8453-04	4 meses (Desde el 1° de julio al 31 de octubre de 2004)	AUXILIAR DE OFICINA	147 a 149
CPS No. 11749-04	2 meses y 15 días (Desde el 1° de noviembre de 2004 al 15 de enero de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	144 a 146
Adición al CPS No. 11749-04	15 días (Desde el 16 de enero al 31 de enero de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	143
CPS No. 1522-5	4 meses (Desde el 1° de febrero al 31 de mayo de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	140 a 142
CPS No. 03998-05	3 meses (Desde el 1° de junio al 31 de agosto de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	137 a 139

CPS No. 05565-05	1 mes (Desde el 1° de septiembre al 30 de septiembre de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	134 a 136
Adición al CPS No. 05565-05	10 días (Desde el 1° al 10 de octubre de 2005)	AUXILIAR DE OFICINA	133
CPS No. 09064-05	3 meses y 20 días (Desde el 11 de octubre de 2005 al 31 de enero de 2006)	AUXILIAR DE OFICINA	130 a 132
CPS No. 10456	3 meses (Desde el 1° de febrero al 30 de abril de 2006)	AUXILIAR DE OFICINA	158 a 160
Adición al CPS No. 10456	1 mes (Desde el 1° de mayo al 31 de mayo de 2006)	AUXILIAR DE OFICINA	157
CPS No. 13253-06	3 meses (Desde el 1° de junio al 30 de agosto de 2006)	AUXILIAR DE OFICINA	112 a 114
CPS No. 16713-06	1 mes y 20 días (Desde el 11 de octubre al 30 de noviembre de 2006)	AUXILIAR DE OFICINA	124 a 126
CPS No. 18291-06	1 mes y 4 días (Desde el 1° de diciembre de 2006 al 4 de enero de 2007)	AUXILIAR DE OFICINA	122 C a 123-A
CPS No. 02121-07	4 meses (Desde el 5 de enero al 4 de mayo de 2007)	AUXILIAR DE OFICINA	122 a 122-B.
Adición al CPS No. 02121-07	2 meses (Desde el 5 de mayo al 4 de julio de 2007)	AUXILIAR DE OFICINA	121
CPS No. 03829-07	2 meses y 26 días (Desde el 5 de julio al 30 de septiembre de 2007)	AUXILIAR DE OFICINA	118 a 120

Es pertinente aclarar que dentro del proceso solamente dan certeza a la Sala de los tiempos prestados como contratista, los que aparecen efectivamente probados con los contratos escritos que se anexaron con la demanda, o que llegaron posteriormente, dentro del periodo probatorio.

Mediante el oficio de fecha del 2 de octubre de 2012¹⁸, proferido por la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, se resolvió de forma desfavorable la petición presentada por la demandante el 12 de septiembre de 2012, tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la declaratoria de la relación laboral, el cual dispuso:

“(…)

Sobre el particular, en el entendido que su solicitud involucra una reclamación de carácter monetario a la extinta Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, cuya liquidación culminó el 06 de noviembre de 2009, de manera atenta nos permitimos precisar que de conformidad con las normas que rigen los procesos liquidatorios, en desarrollo de los mismos se deben adelantar diferentes etapas dentro de las cuales se encuentran las de emplazamiento y presentación de reclamaciones, fases cuya finalidad consiste en que las personas que crean tener a su favor acreencias a cargo de la entidad en liquidación, formulan las reclamaciones pertinentes a efectos de que el liquidador se pronuncie frente a las mismas y que, en caso de encontrarlo pertinente de acuerdo con los soportes presentados, así incluya dentro del pasivo de la liquidación.

Revisadas las bases de datos y los índices documentales del archivo administrativo de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, se pudo evidenciar que usted presentó reclamación Oportuna No., 3146, ante dicho proceso liquidatorio, la cual fue decidida por la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, mediante Resolución No. 01 de 17 de diciembre de 2007, de la cual anexamos copias.

(…)”.

Dentro del trámite del proceso se decretó la recepción de los testimonios de las señoras MARIA MERCEDEZ FAJARDO YEPES y MYRIAM PATRICIA GONZÁLEZ RIVERA, quienes manifestaron lo siguiente:

- **MARIA MERCEDEZ FAJARDO YEPES:** relató que laboró para la entidad demandada desde junio de 2003 a julio de 2007, período en el que conoció a la demandante, pues fueron compañeras en la “oficina de facturación” ejerciendo labores de secretaria clínica, en un principio bajo la dirección del señor Aníbal Avendaño, aproximadamente por año y medio, y luego, les fue designada como jefe la señora Luz Martina Ricaurte, principalmente por incapacidades por llegar tarde, por permisos, y que en caso de realizar algún reclamo lo hacía por escrito. Sostuvo que pese a que en algunas ocasiones eran destinadas para realizar facturación en distintas áreas, la instalación solo contaba con una planta, razón por la cual la relación laboral y de amistad siempre se mantuvo.

¹⁸ Fol. 73.

Indicó que les eran asignadas agendas semanales o quincenales de cumplimiento obligatorio, y les eran fijados los horarios dependiendo el área donde tuvieran que prestar el servicio, y la modalidad de vinculación siempre se realizó a través de contratos de prestación de servicios, los cuales dependiendo de las funciones a realizar cambiaban pero que todos registraban la misma fecha de iniciación y terminación.

Concluyó en que la actora debía solicitar permiso para atender las necesidades o requerimientos de su hijo menor, y lo realizaba verbalmente, además, que no sabe bien como se proveyeron los cargos de carrera administrativa, sin embargo, cuando indago por ello, le comentaron que era por mera recomendación.

- **MYRIAM PATRICIA GONZÁLEZ RIVERA:** expuso que conoció a la demandante en las instalaciones de la entidad accionada, ella desempeñó el cargo de recepcionista y la demandante en el cargo de facturación, que el trabajo era muy pesado, y en ocasiones no les daba tiempo ni de almorzar, además que la jefe la señora Luz Martina Ricaurte, era una persona que a su parecer era desconsiderada, y que en el caso particular de la demandante, sufría de vértigo y de la columna vertebral, por tanto, cuando debía faltar del trabajo colapsaba el área.

Señaló que los respectivos jefes, les designaban el horario y la agenda de turno, con manual de funciones, que pese a que la testigo si recibió llamados de atención por llegar tarde, recuerda que la demandante nunca tuvo dicho inconveniente, además, que en caso de requerir un permiso debía solicitarlo de forma verbal ante el jefe inmediato, y era él mismo quien designaba quien iba a realizar el remplazo.

2. SOBRE LA VINCULACIÓN LABORAL

En principio, entre la demandante **MARGARITA CALDERON ROA** y la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, existió una relación contractual, pues se señala que su vinculación con la entidad demandada obedeció a la suscripción de contratos para prestar sus servicios como Auxiliar de Oficina, pero teniendo en cuenta la sana crítica de la valoración de las pruebas (los contratos, registros individuales de prestación de servicio, comunicaciones y los testimonios), aparecen elementos que permiten establecer que la demandante no tenía libertad

para realizar las labores encomendadas, no escogía cómo y cuándo prestar el servicio como auxiliar de oficina –facturación-, seguía instrucciones para cumplir sus tareas por parte de la entidad, y además, le fueron suministrados elementos por parte de la misma entidad para poder desarrollar la labor confiada, por lo que se encuentra desvirtuada la relación contractual derivada del contrato de prestación de servicios personales.

Conforme a lo anterior, la demandante se encontraba supeditado a las directrices impartidas por la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, prueba de ello, son los contratos aportados al expediente, en donde se indican las disposiciones permanentes de carácter obligatorio. Así mismo, debía rendir informes sobre las labores ejecutadas y cumplir el horario y las directrices impartidas, lo que demuestra que la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO** ejercía un permanente seguimiento de las labores desarrolladas por la demandante.

De igual manera, la demandante debía estar sujeta, en primer lugar, al cumplimiento de las funciones en horarios definidos, sin que pudiera disponer libremente de la organización y cumplimiento de la labor encomendada, supeditada a la actividad y necesidad del servicio; y en segundo lugar, a la obligación de acreditar un trato y comportamiento adecuado y respetuoso hacia las personas a quienes se le prestó el servicio, así como también, hacia el personal administrativo.

Es claro entonces, que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la demandante cumpliría con el objeto contractual en forma independiente, es decir, que no existía subordinación alguna, así como también se estableció, contradictoriamente, que no se configuraría relación laboral con la entidad demandada; sin embargo, de las pruebas recaudadas se desvirtúa tal situación, pues de acuerdo con la forma como se ejecutaron las actividades, se observa claramente que se configuró el elemento de la subordinación.

3. EN CUANTO A LA PRESCRIPCION

En esencia, en el caso objeto de estudio en esta instancia, se encuentran configurados todos los elementos de la relación laboral. No obstante, no se puede pasar por alto que en aquellos casos en los que se accede a las pretensiones de la demanda se ha concluido en cuanto a la prescripción de las

prestaciones causadas con ocasión de la existencia del contrato realidad (en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión sólo puede predicarse desde la declaratoria de la existencia de la relación laboral), que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

Por lo tanto, no podría operar el fenómeno procesal extintivo, sin embargo, se ha aclarado que el accionante contaba con un término razonable para efectuar la solicitud ante la administración. Al respecto, el Consejo de Estado en su Sección Segunda Subsección “B”, expediente No. 25000-23-25-000 2011-01040-01(0725-2014), Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en sentencia del diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), señaló lo siguiente:

“Reiterando lo que esta Subsección ha considerado en anteriores oportunidades¹⁹, la prescripción -a diferencia de la caducidad que se predica respecto del ejercicio del derecho de acción-, es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados²⁰.

Ahora bien, la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, señaló:

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

¹⁹.- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de septiembre de 2010 dictada dentro del expediente N° 1201 de 2008, actores: Marco Fidel Ramírez Yépez y Otros. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²⁰.- *Ibidem*.

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

Es decir, una vez la obligación es exigible, el empleado público cuenta con un lapso de tres años para reclamarla y, el solo hecho de petitionar ante la Administración, interrumpe el término prescriptivo.

Cabe precisar que esta Sección ha considerado que el término de prescripción trienal previsto en las disposiciones trascritas, se extiende analógicamente a los demás derechos laborales de los servidores públicos, por existir un vacío legal”²¹.

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

(...)

*Con posterioridad, mediante la Sentencia del 9 de abril de 2014 Exp. 0131-13 con ponencia de quien suscribe esta providencia se precisó que “si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; **también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.***

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

(...)

*Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, **también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración”.**²²*

Esta posición fue ratificada por la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, CP. Carmelo Perdonó

²¹.- Ver, entre otras, la sentencia del 30 de junio de 2009, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, dentro del expediente N° 0489 de 2008. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²² Ver sentencia del 16 de junio de 2016, que dictó la Sección Segunda - Subsección “A” del Consejo de Estado con radicado No. 08001233100020030224901, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero Demandante: Angélica de Jesús Villalba Suárez.

Cueter, radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), que además dispuso que en relación con los aportes pensionales adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social derivados de la declaratoria de la existencia del contrato de realidad, poseen un carácter de imprescriptibles al ser una prestación periódica, por ello, serán reconocidos aquellos que tengan un soporte probatorio en los contratos de prestación de servicios allegados al expediente.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente expuesta, si bien solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, dicha solicitud debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual.

Quedó probado que entre la demandante **MARGARITA CALDERON ROA** y la entidad la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, existió una relación laboral desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, que aunque no fue ininterrumpida, las pausas en los contratos fueron muy cortas, por tanto, tenía tiempo para hacer la reclamación por todo ese periodo hasta el 30 de septiembre de 2010.

Sin embargo, es importante hacer claridad en cuanto al estudio del fenómeno de la prescripción en el sub examine, si bien se entendería en un principio que la petición que interrumpió el término prescriptivo fue la presentada el 12 de septiembre de 2012 ante el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cierto es que la actora presentó demanda laboral el 5 de febrero de 2008, con el objeto que le fuera reconocida la relación laboral con la demandada y el consecuente pago de las acreencias salariales y prestacionales, la cual fue resuelta en primera instancia el 23 de abril de 2009 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, y en segunda instancia, el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., como se indicó anteriormente.

Posteriormente, ante la decisión negativa, la demandante interpuso el recurso extraordinario de casación el 10 de agosto de 2010 contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, el cual fue rechazado mediante el auto del 6 de octubre de 2010.

Por lo anterior, esta Sala considera que no es procedente hacer el estudio de la prescripción teniendo en cuenta la petición formulada el 12 de

septiembre de 2012, pues es claro que la demandante hizo uso de todos los mecanismos a su alcance para obtener sentencia favorable (o por lo menos una decisión de fondo), tanto así, que una vez la jurisdicción ordinaria señaló que no era la competente para resolver la controversia, la demandante provocó pronunciamiento expreso de la administración y acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, para lo pertinente.

Así las cosas, en relación con el conteo de los tres años con los que cuenta la accionante, se tiene que: (i) la relación laboral culminó el 30 de septiembre de 2007, (ii) presentó demanda laboral el 5 de febrero de 2008, (iii) durante dicho lapso de tiempo transcurrieron 4 meses y 5 días, (iv) se entiende que se suspendieron los términos hasta que se resolviera la controversia y la decisión quedara ejecutoriada en la jurisdicción ordinaria, (v) se profirió sentencia de segunda instancia el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, notificada en estrados, en donde no se definió la situación de fondo porque consideraron que no tenían jurisdicción, (vi) se reanudaron los términos, el día siguiente a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia en mención (31 de julio de 2010), (vii) se presentó la solicitud de reconocimiento del derecho, como empleada pública, ante el Ministerio de Salud y Protección Social el 12 de septiembre de 2012, (viii) durante el anterior lapso de tiempo transcurrieron 2 años, 1 mes y 12 días, y finalmente (ix) presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el 9 de abril de 2013.

Con base en lo anterior, la accionante tenía tiempo para hacer la reclamación por el periodo laborado del 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, hasta el 24 de marzo de 2013 (al vencerse los tres años desde la terminación de la vinculación laboral, descontando el tiempo que duró el proceso laboral en la jurisdicción ordinaria), razón por la cual, al presentar la solicitud el 12 de septiembre de 2012, no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las prestaciones causadas en el período descrito. Aclara la Sala, que a la demandante se le generó una expectativa legítima en que el proceso ordinario laboral fuera decidido de fondo, porque durante la actuación fue admitida la demanda sin reparos y nunca se alegó la excepción de falta de jurisdicción, tan solo cuando se dictaron las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, se manifestó que no se podía hacer un análisis de fondo, porque la demandante era una empleada pública y no una trabajadora oficial, por esa razón, considera la Sala, en beneficio del acceso efectivo a la administración de justicia, que el tiempo que duró el trámite en la jurisdicción ordinaria no puede perjudicar a

la actora, en cuanto al término para contar la prescripción, y por ello, ese tiempo se descuenta para la prescripción trienal. La Sala precisa que la interrupción de la prescripción en este caso, se da de forma especialísima, porque el artículo 95 numeral 3º. del C.G.P. indica que no se puede interrumpir la prescripción cuando el proceso termine con sentencia que absuelva al demandado, pero como ya se ha explicado de forma reiterativa en esta providencia, en este caso la justicia ordinaria laboral dictó una sentencia formal, pero no definiendo el fondo del asunto planteado, además de lo anterior, el apoderado de la parte actora agotó todos los recursos legales (hasta se presentó el recurso extraordinario de casación), sin poder obtener una decisión de fondo, por ese motivo considera la Sala que en este caso concreto, no es aplicable la norma indicada.

4. EN RELACION CON LOS APORTES PENSIONALES Y SU PRUEBA

En relación con los aportes pensionales adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social derivados de la declaratoria de la existencia del contrato de realidad, como estos poseen un carácter de imprescriptibles al ser una prestación periódica, serán reconocidos aquellos que tengan un soporte probatorio en los contratos de prestación de servicios allegados al expediente, durante todo el periodo de la vinculación (1º de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007) sin contar, claro está, las interrupciones que hubo de los contratos.

La Sección Segunda del Consejo de Estado²³ ha reiterado su posición en cuanto a la carga de la prueba de los contratos estatales y la interrupción contractual, en el siguiente sentido:

Por su parte, en la sentencia de unificación²⁴, sobre el particular se indicó que «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».

²³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 4 de mayo de 2017, radicación número: 08001233100020070006201 No. Interno: 1736-15.

²⁴ Ver sentencia de la Sección Segunda de fecha 26 agosto de 2016.

Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39²⁵ y 41²⁶ de la Ley 80 de 1993, al señalar que es ésta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal. Así las cosas, se tiene que la exigencia de elevar por escrito el acto contractual constituye una de las llamadas formalidades plenas de los contratos estatales.

Entonces, el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...".²⁷

Pues bien, en el caso bajo estudio, está acreditado que la interrupción en la relación contractual se produjo durante los meses de marzo, abril, octubre y noviembre del año 2004, en la medida que durante dichos lapsos las partes no celebraron contrato de prestación de servicios o por lo menos, en el proceso no se acreditó su existencia,... (Subraya la Sala)

Teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial, dentro del proceso solamente dan certeza a la Sala de los tiempos prestados como contratista, los que aparecen efectivamente probados con los contratos escritos que se anexaron con la demanda, o que llegaron posteriormente, dentro del periodo probatorio.

IV. CONCLUSIONES

Por lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala que:

➤ Se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUPREVISORA S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

²⁵ Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

²⁶ Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

²⁷ Ver: Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández.

➤ No se encuentran probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, en especial la de la cosa juzgada material que se declaró en primera instancia.

➤ Se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y por tanto, se probaron los elementos de la relación laboral, razón por la cual, se configura en el caso sub-examine el contrato realidad por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, el cual fue interrumpido en el período del 31 de agosto al 10 de octubre de 2006, tal y como consta en los contratos No. 15682 de 2003, No. 0535-04, No. 4092-04, No. 659304, No. 8453-04, No. 11749-04, No. 1522-5, No. 03998-05, No. 05565-05, No. 0906405, No. 10456, No. 13253-06, No. 16713-06, No. 18291-06, No. 02121-07 y No. 03829-07.

➤ No se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el período laborado en la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, comprendido entre el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, por las razones expuestas.

➤ Es susceptible de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir a título de restablecimiento de derecho por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, (con las respectivas interrupciones), por tanto, el salario que deberá tenerse en cuenta, será el que se pactó en los contratos y sus adiciones o prórrogas, pues como ya se estableció, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir corresponderá a los honorarios pactados.

➤ En virtud de lo dispuesto en la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Sección Segunda, CP: Carmelo Perdonó Cueter, Radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), se debe ordenar a la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, calcular si existe diferencia entre los aportes realizados mes a mes desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007 (con las respectivas interrupciones) por la demandante (teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios), y los que se debieron efectuar en calidad de empleador, debiendo cotizar al respectivo régimen la suma que resultara faltante por concepto de aportes a salud, riesgos laborales y pensión, y en el caso en el que exista

diferencia o no se hubieran efectuado, deberá asumir el porcentaje correspondiente.

En resumen, se revocará la decisión de instancia para indicar que: (i) que se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora S.A. y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (ii) no se encuentra probada la excepción de cosa juzgada por las razones expuestas, (iii) hay lugar a declarar la nulidad del oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, (iv) se probaron los elementos de la relación laboral por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, (v) es procedente condenar al Ministerio de Salud y Protección Social y ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el período comprendido desde el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, (vi) no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las prestaciones sociales causadas, y (vii) es procedente ordenar el pago de las prestaciones sociales y el cálculo de los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, riesgos laborales y pensión) previsto en la Ley 100 de 1993, mes a mes por la contratista (teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios), y los que se debieron efectuar en calidad de empleador, debiendo la entidad responsable cotizar a cada uno de los respectivos regímenes la suma que resultara faltante por concepto de aportes a pensión, salud y riesgos laborales, siendo necesario que la parte actora acredite las cotizaciones efectuadas, y en el caso en el que exista diferencia o no se hubieran efectuado, deberá asumir el porcentaje correspondiente.

V. COSTAS PROCESALES EN PRIMERA INSTANCIA

Sobre la condena en costas en primera instancia, es pertinente aclarar que como quiera que se probó que le asiste vocación de prosperidad a las pretensiones de la demanda, es procedente la condena en costas, pues el artículo 188 del CPACA adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado.

Por tanto, no es acertada la decisión del juez de instancia, y en su lugar, se condenará en costas a la entidad demandada en primera instancia, tasadas en la suma de trescientos mil (\$ 300.000.00) pesos, liquidadas según el

procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P., en concordancia con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003.

VI. COSTAS PROCESALES EN SEGUNDA INSTANCIA

En los procesos regulados por el CPACA se procederá a la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso.

El artículo 188 del CPACA señala que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, de lo cual se concluye que adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado²⁸.

Según el artículo 361 del C.G.P., las costas se componen de la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

En este caso, teniendo en cuenta que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se resolvió favorablemente no se le condenará en costas, diferente situación acontece respecto al recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada que se resolvió de forma desfavorable, por ende, se procederá a condenarla en costas en segunda instancia, debiendo tasar las agencias en derecho en la suma de ciento cincuenta mil (\$ 150.000.00) pesos²⁹. Estas costas deben ser liquidadas por el juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “E”**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 7 de abril de 2016, expediente 2013-00022, Consejero ponente Dr. William Hernández Gómez. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de marzo de 2017, expediente 4519-14, C.P. Sandra Ibarra.

²⁹ Para determinar las agencias en derecho es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, por ser el que se encontraba vigente al momento de iniciar el proceso, pues el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, tan solo se aplica a los procesos iniciados después de su publicación.

F A L L A:

REVOCAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2016 por el Juzgado Veinticinco (25) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., dentro del proceso promovido por la demandante **MARGARITA CALDERON ROA** en contra de la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Y en su lugar, se declara:

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUPREVISORA S.A. y del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

SEGUNDO.- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, en especial la de cosa juzgada, por las razones expuestas.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad del oficio No. 1101000-221122 del 2 de octubre de 2012 proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio del cual se negó la existencia de un vínculo laboral y el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

CUARTO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral que tuvo lugar entre la demandante **MARGARITA CALDERON ROA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.733.628 de Bogotá D.C., y la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, durante el tiempo comprendido entre el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007 (con la interrupción del 31 de agosto al 10 de octubre de 2006), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a pagar a la demandante **MARGARITA CALDERON ROA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.733.628 de Bogotá D.C., todas y cada una de las prestaciones sociales dejadas de percibir, por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007 (con la interrupción del 31 de agosto al 10 de octubre de 2006), teniendo en cuenta los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, es decir, los contratos No. 15682 de 2003, No. 0535-04, No. 4092-04, No. 659304,

No. 8453-04, No. 11749-04, No. 1522-5, No. 03998-05, No. 05565-05, No. 0906405, No. 10456, No. 13253-06, No. 16713-06, No. 18291-06, No. 02121-07 y No. 03829-07, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- DECLARAR no probada la excepción de prescripción de las prestaciones sociales causadas como consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato realidad entre la demandante **MARGARITA CALDERON ROA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.733.628 de Bogotá D.C., y la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, durante el tiempo comprendido entre el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a calcular si existe diferencia entre los aportes realizados mes a mes por la demandante por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 2003 al 30 de septiembre de 2007 (con la interrupción del 31 de agosto al 10 de octubre de 2006), teniendo en cuenta los tiempos y los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, y los que se debieron efectuar en calidad de empleador, debiendo cotizar al respectivo régimen la suma que resultara faltante por concepto de aportes a pensión, riesgos laborales y salud, y en el caso en el que exista diferencia o no se hubieran efectuado, deberá asumir el porcentaje correspondiente.

OCTAVO.- Condenar en costas en primera instancia a la parte demandada. Estas costas serán liquidadas siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. Fijar como agencias en derecho la suma de la suma de trescientos mil (\$ 300.000.00) pesos.

NOVENO.- Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandada. Estas costas serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. Fijar como agencias en derecho la suma de ciento cincuenta mil (\$ 150.000.00) pesos.

DÉCIMO.- Por Secretaría procédase a la comunicación de la sentencia conforme lo ordena el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, y en firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

DÉCIMO PRIMERO.- Si la parte demandante lo solicita, por Secretaría expídasele copia auténtica de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en el proceso, conforme al artículo 114 del C.G.P., con la constancia de la ejecutoria.

DÉCIMO SEGUNDO.- De conformidad con la sustitución de poder hecha por la Doctora Kimberly del Pilar Zambrano Granados, reconócese a la Doctora Luz Mary Acosta Arango como apoderada sustituta del Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos y para los efectos en la sustitución de poder conferidos (fol. 531).

La anterior decisión fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON
Magistrado

JAIME ALBERTO GALEANO
GARZÓN
Magistrado

PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS
BRAVO
Magistrada