**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –** **Reconocimiento relación laboral – Competencia del juez**

Esta Corporación ha sostenido que la competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “non reformatio in pejus” (art. 31 de la Constitución Política y 328 del C.G.P), y en segundo, por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido, a su vez, por los juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. (…) al Ad quem le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente. (…) En estos términos, y previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, es menester determinar si se configuró o no la causal de nulidad invocada por el Ministerio. (…) Posteriormente, a través del Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007 se dispuso su supresión y liquidación, en consideración a las deficiencias en la calidad de la prestación del servicio de salud, y en su artículo 4º se estableció que el liquidador sería la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A., quien debería suscribir el correspondiente contrato con el Ministerio de la Protección Social, el cual sería pagado con cargo a los recursos de la entidad en liquidación. (…) Teniendo en cuenta lo anterior, y como la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se encuentra jurídicamente extinguida y la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A. hizo entrega de los procesos judiciales, entre otros, a la FIDUPREVISORA S.A. para que los administrara, así como ésta asumió la representación del patrimonio autónomo, constituido para el pago de pasivos de la entidad liquidada, es ésta entidad la que en principio tiene el deber legal de asumir el pago de las condenas en contra de aquella, salvo que los recursos entregados no alcancen para tal efecto, evento en el cual deberá realizarse el pago por la entidad que sea designada por la normativa que se profiera para dichos efectos, toda vez que a la fecha no se ha precisado dicho aspecto. (…) la subsección que no se configura la nulidad planteada por la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social por cuanto en atención a lo expuesto no era necesario que se le vinculara al proceso como demandado, pues el aludido Ministerio tenía la calidad de fideicomitente del contrato de Fiducia suscrito entre la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y la Fiduagraria S.A. y en tal virtud puede llegar a concurrir al pago de las posibles condenas que le fueran impuestas a la entidad.

**CONTRATO REALIDAD –** **Aplicación de la primacía de la realidad sobre la forma – Contrato de prestación de servicios – Desvirtuado**

A partir de la prueba testimonial se colige claramente que la demandante recibía órdenes por parte de la E.S.E. (…) en Liquidación de forma constante para el desarrollo de sus servicios; debía cumplir un horario de trabajo asignado por dicha entidad que en muchos casos se extendía a más de diez horas diarias, los siete días a la semana; no podía ejercer sus servicios de médico general de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones de la E.S.E. No podía tampoco ejercer sus actividades médicas para otras entidades o particulares. Corolario, se demostró la subordinación o dependencia continuada, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Así las cosas y dado que, en este caso, se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación vinculó a la demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que ésta desempeñó. Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque la demandante desarrolló la función de médico general en la E.S.E, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos que se desempeñaban en el cargo de “médico profesional código 2085 grado 18”. De conformidad con el material probatorio del proceso se demostró la existencia de una relación laboral entre la señora Diana Margarita Guevara Sanabria y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios. Establecido lo anterior, es procedente entonces el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron a la demandante, tal como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación y como en efecto procedió el A quo. Dichas condenas deberán ser asumidas por “la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación o la entidad que tenga a cargo sus acreencias”, tal como se expuso en el acápite de cuestión previa. En tal virtud deberá modificarse la sentencia apelada.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**

Bogotá, D.C., dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00171-01(2310-12)**

**Actor: DIANA MARGARITA GUEVARA SANABRIA**

**Demandado: LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION ESE**

**Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - DECRETO 01 DE 1984.**

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Subsección “E” - Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró no probadas las excepciones propuestas.

## ANTECEDENTES

La señora Diana Margarita Guevara Sanabria, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

**Pretensiones**

Principales:

1. Se declare la nulidad del oficio LCGS-LIQ 1278-2007 del 1º de noviembre de 2007, mediante la cual el Agente Apoderado Liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación negó el reconocimiento de una relación laboral entre la entidad y la señora Diana Margarita Guevara Sanabria.
2. Se declare la existencia de una relación laboral, entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y la señora Diana Margarita Guevara Sanabria, y por ende su calidad de empleada pública.

Secundarias:

1. Se declare que los contratos de prestación de servicios y sus respectivas adiciones son nulos en todas sus partes, por haber sido expedidos de manera irregular y con desviación de poder[[1]](#footnote-1).
2. Se declare que estuvo vinculada a la administración en calidad de servidora pública, mediante una situación legal y reglamentaria, y no como contratista.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

1. Se ordene el pago de las prestaciones sociales, contenidas en la Convención Colectiva del ISS vigente para los años 2001 - 2004, tales como cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, vacaciones, primas de vacaciones, servicios, extralegal, navidad; horas extras, incrementos del salario y auxilio de transporte, reconocidas para los servidores públicos de nómina.
2. Se ordene el reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral, esto es, aportes a salud y pensión. Así como el pago de los valores cancelados por concepto de pólizas y retención en la fuente.
3. Se condene al pago de los perjuicios morales en cuantía de quinientos (500) smlmv.
4. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 al 178 del Código Contencioso Administrativo.

#### Fundamentos fácticos

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones (folios 9 a 29):

1. Se desempeñó como Médica General al servicio de la Clínica San Pedro Claver del Instituto de los Seguros Sociales por medio de contratos de prestación de servicios de manera ininterrumpida desde el 22 de septiembre de 2000 hasta el 30 de junio de 2003.
2. Posteriormente, se expidió el Decreto 1750 de 2003, por medio del cual se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon unas Empresas Sociales del Estado, entre otras, la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, quien cumplía sus funciones a través de la Clínica mencionada; y dentro de la cual la demandante continuó prestando sus servicios desde el 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007.
3. Realizó actividades propias de una empleada pública de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, como cumplir horario, atender consultas de urgencias de acuerdo con los protocolos médicos establecidos, en atención a la programación efectuada por el jefe inmediato y a los pacientes hospitalizados, respetar las exigencias éticas y legales en el manejo de las historias clínicas, emitir conceptos sobre suministros, materiales, equipamientos, registrar la atención médica diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como actualizar los informes estadísticos, participar en comités técnicos de calidad, en estudios de casos particulares, realizar ayudas quirúrgicas, procedimientos diagnósticos o terapéuticos y presentar informes al jefe inmediato.
4. El 11 de octubre de 2007 solicitó a la entidad reconocer la existencia de una relación laboral, debido a que se configuraron los elementos que le son propios, tales como el pago de salario, la subordinación continuada y la prestación personal del servicio, y como consecuencia de ello, pagar todas las prestaciones sociales que devengaban los servidores públicos en un cargo como el que desempeñaba.
5. Mediante oficio LCGS-LIQ 1278-2007 del 1º de noviembre de 2007, el Agente Apoderado Liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación negó el reconocimiento de una relación laboral entre la entidad y la señora Diana Margarita Guevara Sanabria.

## NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277 de la Constitución Política; 8º de la Ley 4ª, 26 inciso 2º, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968, 5º y 71 del Decreto 1250 de 1970, 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, Decreto 1333 de 1986 y la Ley 790 de 2002. Así como la Convención Colectiva de trabajadores del ISS vigente para los años 2001-2004.

## Señaló que la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento desconoció las normas y principios que integran el ordenamiento interno, al vincularla mediante contratos de prestación de servicios para prestar funciones propias y de carácter permanente de un Médico General de planta de la entidad, cuando debió haberlo hecho a través de una relación legal y reglamentaria.

Estimó que el acto objeto de demanda adolece de nulidad por infracción de las normas en que debió fundarse y por falsa motivación, como quiera que se fundamentó en un hecho inexistente, como lo es la existencia de un contrato de prestación de servicios contemplado en el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, pues es claro que en la labor desempeñada por la demandante, se consolidaron los elementos propios de una relación laboral, pues laboró para la Clínica San Pedro Claver desde el 22 de septiembre de 2000 hasta el 3 de septiembre de 2007, estuvo subordinada a las órdenes, horarios y requerimientos labores que realizaba el señor Nelson Sierra Forero, como Coordinador Médico de Urgencias y recibió mensualmente el pago como retribución por sus labores.

En esa misma línea argumentativa, indicó que es necesario dar aplicación al principio de la realidad sobre las formalidades, en armonía con los postulados constitucionales que tienen como objetivo garantizar la vigencia de un orden justo y la protección de los derechos de los administrados, tales como, la igualdad, el trabajo, entre otros.

Enfatizó que en atención a las funciones de carácter permanente que desarrolla un Médico General en la entidad accionada, era imperativo que su vinculación se realizara mediante una relación legal y reglamentaria y no en la modalidad de contratos de prestación de servicios.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación (folio 39 a 70)**

La parte demandada se opuso a las pretensiones en primer lugar, porque consideró que la actora no tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que reclama, ya que de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad no se derivan los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en segundo lugar, porque pretende trasladar a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento presuntas obligaciones laborales que se derivaron con otra entidad, esto es, con el Instituto de los Seguros Sociales.

Solicitó denegar de plano las pretensiones subsidiarias, por cuanto las mismas son propias de una acción de controversias contractuales y no de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en tal virtud, pidió condenar en costas a la demandante.

Indicó que en virtud del Decreto 1750 de 2003, se escindió el Instituto de los Seguros Sociales, la vicepresidencia de servicios de salud, todas las clínicas y centro de atención ambulatoria, y se creó entre otras la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, como una entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social.

Refirió que posteriormente, se expidió el Decreto núm. 3202 del 24 de agosto de 2007 y con fundamento en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el numeral 3º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, el artículo 8º del Decreto Ley 254 de 2000 y el artículo 8º de la Ley 1105 de 2006, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la citada E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, y designó como liquidadora a la Empresa FIDUGRARIA S.A.

Manifestó que la planta de personal de la entidad, fue determinada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 1757 del 26 de junio de 2003, no obstante la misma fue modificada por los Decretos 3792 de 2004, 4992 de 2007 y 1522 de 2008, en atención a la supresión de cargos a la que se vio avocada con ocasión del proceso de liquidación.

Resaltó que el contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuenta con unas características y elementos propios que le diferencian de otras modalidades contractuales, incluida la laboral, para lo que cita tres modalidades que surgieron del mismo en el derecho romano, a saber, a) locatio operis (arrendamiento de obra) b) locatio conductio (arrendamiento de transporte) y c) locatio operarum (arrendamiento de servicios profesionales), este último siguiendo instrucciones precisas y de coordinación, pero con autonomía e independencia, sin ningún tipo de subordinación.

Señaló que estos contratos a diferencia de los contratos laborales, no generan ninguna clase de remuneración de tipo prestacional. Los mismos tienen como fin aprovechar los conocimientos y actitudes especiales de carácter técnico o científico que tiene un individuo, a cambio del pago de unos honorarios, y son utilizados cuando la labor contratada no puede desarrollarse con personal de planta del ente contratante, resaltando que en estos casos, la obligación de pagar los aportes a salud y pensión, conforme la Ley 100 de 1993, el Decreto 2150 de 1995 y la Ley 797 de 2003, recae sobre el contratista.

Afirmó que la señora Diana Margarita Guevara Sanabria en ejercicio de la autonomía de su voluntad aceptó el contenido de los documentos contractuales, con los cuales se obligó con la entidad, quien carecía del recurso humano habilitado para la prestación de los servicios especializados en salud, a cumplir un objeto en atención a sus capacidades, cualidades y calidades, contractos a los cuales no puede pretender ahora darles una connotación diferente, con el objetivo de obtener el reconocimiento de derechos prestacionales.

Concluyó que los contratos se suscribieron en cumplimiento de la Ley 80 de 1993, por lo que no es posible derivar de ellos los elementos propios de una relación laboral, máxime cuando para su reconocimiento debe mediar una vinculación de carácter legal y reglamentario.

Finalmente, propuso como excepciones i) pago; ii) inexistencia del derecho y de la obligación; iii) ausencia del vínculo laboral; iv) falta de legitimación en la causa por pasiva; v) imposibilidad de la demandada de suscribir Convenciones Colectivas; vi) cobro de lo no debido; vii) prescripción; viii) caducidad de la acción; ix) presunción de legalidad; x) carencia de justificación del derecho y xi) la genérica.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación (folios 335 a 344)**

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Y citó dos providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “C” Y “D”, con radicado: 2008-01040-01 y 2008-685, dentro de las cuales en similares circunstancias a las descritas en el presente asunto, el Tribunal resolvió denegar las pretensiones de la demanda, como quiera que se no se probó la existencia de los elementos propios de una relación laboral.

La parte demandante y el Ministerio Público no intervinieron en esta etapa procesal.

## SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección “E” mediante sentencia del 31 de mayo de 2012 dispuso lo siguiente:

i) Declaró no probadas las excepciones propuestas por el ente accionado;

ii) Declaró la nulidad del oficio núm. LCGS-LIQ 1278-2007 del 1º de noviembre de 2007, suscrito por el Agente Apoderado Liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre la entidad y la señora Diana Margarita Guevara Sanabria, así como el consecuente pago de las prestaciones sociales;

iii) A título de restablecimiento condenó al Ministerio del Trabajo a reconocer y pagar a la demandante, a título de reparación del daño todas las prestaciones sociales de ley que le corresponden a un Médico General del mismo grado y jerarquía dentro de la planta de personal de dicha entidad desde el 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007. Sumas que deberán ser reajustadas y actualizadas;

iv) Igualmente condenó a la entidad a pagar a título de reparación del daño, el porcentaje que le corresponde de las cotizaciones sobre los conceptos de salud y pensiones, que debió sufragar ante las Instituciones de Previsión Social, desde el 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007;

v) Declaró que el tiempo laborado por la señor Diana Margarita Guevara Sanabria en calidad de contratista entre el periodo del 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007, debe ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento pensional;

vi) Negó las demás pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de dicha decisión, son los siguientes:

Declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues los contratos de prestación de servicios fueron suscritos por la demandante y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, y si bien los celebrados con anterioridad al 26 de junio de 2003, se realizaron con el escindido Instituto de los Seguros Sociales, lo cierto es que los mismos fueron cedidos a la E.S.E. mencionada.

Igualmente, estimó no probada la excepción de caducidad, como quiera que la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige contra el oficio LCGS-LIQ núm. 1278-2007 del 1º de noviembre de 2007 a través del cual se negó la existencia de una relación laboral entre las partes, y no respecto de los contratos de prestación de servicios celebrados, así entonces, como el acto cuya nulidad se pretende fue notificado el 9 de noviembre de 2007 y la demanda fue presentada el 25 de febrero de 2008, es claro que la misma fue interpuesta dentro del término legal.

Ahora, respecto de las demás excepciones propuestas, tales como, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, imposibilidad jurídica de la E.S.E. para celebrar convenciones colectivas de trabajo, cobro de lo no debido, presunción de legalidad y carencia de justificación del derecho, consideró que las mismas debían estudiarse en el fondo del asunto, al estar relacionadas directamente con las pretensiones de la demanda.

Expuso que a través del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 el Presidente de la República escindió el Instituto de los Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas sus Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria, y en su artículo 2º dispuso la creación de varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la demandada Luis Carlos Galán Sarmiento, como una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrita al Ministerio de la Protección Social.

Del mismo modo, indicó que el artículo 16 ibídem prescribió que para todos los efectos legales los servidores de dichas entidades serían empleados públicos, y por ende el artículo 18 ejusdem dispuso que el régimen salarial y prestacional sería el mismo que rige a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, en armonía con las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993. No obstante, dicha entidad entró en proceso de liquidación con la expedición del Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, el cual finalizó el 6 de noviembre de 2009.

Por otro lado, advirtió que los contratos de prestación de servicios celebrados por entidades estatales tienen como fin desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la misma, con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, en los términos de la Ley 80 de 1993, razón por la que en principio no se generan prestaciones sociales.

Sin embargo, tanto la Corte Constitucional mediante sentencias C- 154 de 1997 y C-614 de 2009, como el Consejo de Estado en providencia del 15 de junio de 2011, radicado: 2007-00395-01 han establecido que de probarse la existencia de los elementos propios de una relación laboral y la equidad o similitud de la labor desarrollada en comparación con un empleado de planta, se desnaturalizaría el contrato de prestación de servicios, y por ende habría lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Así mismo, resaltó que con anterioridad del Consejo de Estado consideró válido suscribir ordenes de prestación de servicios con quienes ofrecían servicios de salud, debido a que los conocimientos especializados, la autonomía e independencia de la labor se ajustaban a los postulados del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, empero dicha posición fue modificada el 11 de junio de 2009, por la Sala Plena de la Sección Segunda de dicha corporación, en la que se manifestó que a pesar de que el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, de encontrarse probados los elementos de una relación laboral deberá reconocerse la existencia del contrato realidad.

Señaló que el contrato núm. V.A.-015203 suscrito por la demandante con el Instituto de los Seguros Sociales, cedido posteriormente a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, debido a la escisión de la primera y creación de la segunda, tuvo un plazo de 5 meses, que transcurrió entre el 1º de julio hasta el 1º de diciembre de 2003, el cual fue adicionado hasta el 15 de febrero de 2004. Momento a partir del cual se siguieron celebrando contratos de prestación de servicios con el objeto de cumplir funciones similares a las ejecutadas por el Médico código 2805, grado 18 perteneciente a la planta de la entidad, de forma ininterrumpida, lo que desvirtuó la temporalidad propia de los contratos reglados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, y al demostrarse que la demandante no solo recibió una remuneración por desarrollar sus funciones, sino que además estaba subordinada a las órdenes impartidas por el Jefe del Departamento de Urgencias, quien era el encargado de fijar el horario que debía cumplirse, en consecuencia, encontró acreditados los elementos propios de una relación laboral, a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Por lo anterior, declaró la nulidad del acto objeto de demanda y ordenó a título de reparación reconocer las todas las prestaciones sociales que devengue un empleado público, por el tiempo que efectivamente prestó sus servicios. Salvo la indemnización moratoria, toda vez que la presente sentencia es de carácter constitutivo.

De otro lado negó la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social para los años 2001 a 2004 y el reconocimiento de perjuicios morales, puesto que la demandante no acreditó haber sido vinculada como trabajadora oficial al ISS antes de ser escindido, ni tampoco la causación de estos últimos.

Por último, aclaró que la entidad que debía concurrir al pago de las obligaciones que se impusieron a la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento sería la Fiduciaria La Previsora S.A. como administradora del patrimonio autónomo de remanentes de aquella entidad, el cual se constituyó mediante contrato de fiducia mercantil núm. 114 de 2008, no obstante, y como el Ministerio de la Protección Social fue quien al término de la liquidación de la demandada, asumió la calidad de fideicomitente sustituto de conformidad con la cláusula quinta del contrato de fiducia mencionado, la condena se dirigió contra el Ministerio del Trabajo.

**ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el que sustentó en lo siguiente:

Expuso que para que exista contrato de trabajo deben concurrir los tres elementos de una relación laboral, esto es, actividad personal, continuada subordinación y salario como contribución al servicio prestado, sin embargo, el A quo solo tuvo en consideración la consolidación del segundo de los elementos, para declarar la existencia del contrato realidad, pese a que la ley es enfática en precisar la necesidad de concurrencia de todos los elementos.

Afirmó que debido al tipo de actividades desarrolladas por la señora Diana Margarita Guevara, las mismas no podían ejecutarse en lugares distintos a las instalaciones hospitalarias destinadas para la atención de usuarios del servicio de salud, pues no resulta comprensible que un enfermero, odontólogo, médico entre otros realicen sus actividades asistenciales desde un sitio diferente de donde está ubicado el paciente y en horarios distintos a los dispuestos por la entidad. Para el efecto, citó la sentencia proferida por esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que se estudió el contrato de prestación de servicios reglado por la Ley 80 de 1993, y se concluyó que los contratistas que cumplen actividades iguales a las de un empleado de planta, por la carencia del personal suficiente en la entidad, debían someterse a las pautas dadas por la misma y a una mínima coordinación de actividades.

Desarrolló brevemente el principio de buena fe como parte integrante de los contratos suscritos por las partes a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como los conceptos relacionados con toda relación contractual, a saber, autonomía de la voluntad, consentimiento y voluntad.

Posteriormente, reiteró los argumentos expuestos en las anteriores intervenciones procesales, en relación con la naturaleza de la entidad demandada, la posibilidad de la misma de suscribir contratos de prestación de servicios, tal como lo dispone la Ley 80 de 1993 y las sentencias proferidas por el Tribunal, en las que en casos similares al discutido se denegaron las pretensiones de la demanda.

Finalmente, adujo que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es incongruente, pues el estudio realizado no refleja criterios de análisis de la prueba, al no señalar de forma acuciosa los elementos que tuvo en cuenta para concluir que de los contratos celebrados por las partes se derivó un contrato realidad. Para el efecto citó las sentencias T-231 de 1994 y T-592 de 2000 de la Corte Constitucional.

###### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación (folios 478 a 481)**

La parte demandada hoy administrada por la Fiduciaria PAR-LA PREVISORA S.A. según contrato de Fiducia Mercantil, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**Ministerio Público (folios 483 a 496)**

Expuso que de las pruebas allegadas al expediente se probó que la accionante desarrolló sus actividades de forma personal y como médica general y de emergencias, por lo que percibía una remuneración previamente pactada según los contratos de prestación de servicios, labores que ejecutó de forma continua entre el 16 de febrero de 2004 hasta el 3 de septiembre de 2007, lo que permite la consolidación de dos de los elementos propios de una relación laboral, esto es, prestación personal y remuneración, más no de la subordinación. Frente a este último punto, estimó que las funciones que cumplía la demandante no eran similares a las de otros empleados públicos, específicamente frente a otros médicos pertenecientes a la planta de personal de la entidad.

Advirtió que cumplir un horario de trabajo no es prueba contundente para que se configure el elemento de la subordinación, más aun cuando los testimonios recepcionados provienen de personas con el mismo interés que la actora, para el efecto citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se ha precisado que realizar las labores en las instalaciones del contratante, cumplir horario o recibir instrucciones no son presupuestos suficientes para que su configuración.

Concluyó que la señora Diana Margarita Guevara no probó que hubieran concurrido los tres requisitos esenciales para declarar la existencia de una relación laboral, que dé lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales y acreencias laborales en los mismos términos de un empleado de planta, motivo por el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

**Cuestión previa**

Esta Corporación ha sostenido que la competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia. Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “*non reformatio in pejus*” (art. 31 de la Constitución Política y 328 del C.G.P), y en segundo, por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido, a su vez, por los juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia.

Así pues, al Ad quem le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente, como quiera que los mismos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo tanto, debe decirse que, frente a dichos aspectos, termina por completo la controversia.

No obstante, lo anterior, la Subsección advierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E” mediante sentencia del 31 de mayo de 2012, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Diana Margarita Guevara Sanabria contra la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, empero, condenó al pago de los valores reconocidos al Ministerio de la Protección Social (Ministerio del Trabajo), pues consideró que en virtud del contrato de fiducia mercantil núm. 114 de 2008, fue quien al término de la liquidación de la demandada, asumió la calidad de fideicomitente sustituto.

Motivo por el cual a folios 427 a 433 el Ministerio de Salud y de la Protección Social solicitó declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia en los términos del artículo 142 del C.P.C, al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso y defensa, como quiera que fue condenado a pagar unas prestaciones sociales sin haber sido vinculado al plenario, máxime cuando no le han sido asignados legalmente los derechos litigiosos de la liquidada E.S.E.

En estos términos, y previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, es menester determinar si se configuró o no la causal de nulidad invocada por el Ministerio.

Frente al punto, es necesario anotar que mediante Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en los literales d), e), f) y g) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, ordenó escindir el Instituto de Seguros Sociales y a su vez creó unas Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Protección Social, quien conforme a lo dispuesto por el artículo 22 ibídem, contaría, para el cumplimiento de sus funciones con la Clínica San Pedro Claver, entre otras.

Posteriormente, a través del Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007 se dispuso su supresión y liquidación, en consideración a las deficiencias en la calidad de la prestación del servicio de salud, y en su artículo 4º se estableció que el liquidador sería la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraria S.A., quien debería suscribir el correspondiente contrato con el Ministerio de la Protección Social, el cual sería pagado con cargo a los recursos de la entidad en liquidación.

Ahora bien, y en atención a que los activos de la empresa resultaron insuficientes para tal finalidad, el 29 de octubre de 2009, se expidió el Decreto 4171 que en su artículo primero y parágrafo, señaló:

*“****Artículo 1º****. En virtud del presente decreto la Nación asume el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, únicamente por concepto del valor de la normalización pensional aprobado por la entidad ante la cual se surtió dicho mecanismo, las obligaciones laborales oportunas y extemporáneas, las obligaciones laborales clasificadas en el pasivo cierto no reclamado y las clasificadas como gastos administrativos laborales.*

*(…)*

*La asunción del valor de los pasivos laborales incluye los aportes a la seguridad social sólo por concepto de pensiones y de salud.*

*Esta asunción excluye cualquier otra obligación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación que esté determinada o pueda determinarse*.

***Parágrafo****: Los recursos para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación de conformidad con el presente artículo serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la entidad fiduciaria contratada por la entidad en liquidación, de conformidad con el artículo* [*35*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0254_2000.htm#35) *del Decreto ley 254 de 2000 modificado por el artículo* [*19*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1105_2006.htm#19) *de la Ley 1105 de 2006, para lo cual en el contrato de fiducia mercantil se incluirán las previsiones correspondientes”*

Así las cosas, es del caso resaltar, respecto a la asunción de obligaciones pendientes de la E.S.E., que en el caso de que los recursos entregados a la fiducia no alcancen para el pago de las condenas y pasivos de la entidad, el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-2) señala que en los actos de liquidación de las entidades, como las E.S.E., se dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos.

Así mismo, el Decreto 414 de 2001[[3]](#footnote-3), artículo 3º dispuso que, si terminado el proceso de liquidación de una entidad sobreviven a éste, procesos judiciales o reclamaciones, los mismos serán atendidos por la entidad que, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, haya sido señalada en el acto que ordenó la liquidación como receptora de los inventarios de bienes y subrogataria de los derechos y obligaciones de la entidad liquidada.

Por su parte, el artículo 32 del Decreto 254 de 2000 prevé que:

*“En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.*

*Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 6º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, la Nación podrá asumir o garantizar obligaciones de las entidades públicas del orden nacional, incluidas las derivadas de las cesiones de activos, pasivos y contratos que haya realizado la entidad en liquidación, actuaciones que no causarán el impuesto de timbre siempre y cuando se realicen entre entidades públicas.”*

A su vez, el artículo 35 del [Decreto 254 de 2000](http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/decretos/2000/D0254de2000.htm), modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, dispuso:

***“Artículo*** ***35.****-****Traspaso de bienes, derechos y obligaciones.****[Modificado por el art. 19, Ley 1105 de 2006](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22431" \l "19).**A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirá activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.*

*La entidad fiduciaria destinará el producto de los activos que les transfiera el liquidador a pagar los pasivos y contingencias de la entidad en liquidación, en la forma que hubiere determinado el liquidador en el contrato respectivo, de conformidad con las reglas de prelación de créditos previstas en la ley.*

*(…)*

*Cumplido el plazo de la liquidación en el acta final de liquidación por la cual se pone fin a la existencia legal de la entidad y, cuando sea del caso, se indicarán los activos que se transfieren o que se encuentran en un patrimonio autónomo de conformidad con el presente artículo, así como los pasivos que se pagarán con cargo a dicho patrimonio autónomo, y las obligaciones que asuman otras entidades con sujeción a lo previsto en el presente decreto.*

***Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.*** *(Negrilla y subrayas fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, y como la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento se encuentra jurídicamente extinguida y la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A. hizo entrega de los procesos judiciales, entre otros, a la FIDUPREVISORA S.A. para que los administrara, así como ésta asumió la representación del patrimonio autónomo, constituido para el pago de pasivos de la entidad liquidada, es ésta entidad la que en principio tiene el deber legal de asumir el pago de las condenas en contra de aquella, salvo que los recursos entregados no alcancen para tal efecto, evento en el cual deberá realizarse el pago por la entidad que sea designada por la normativa que se profiera para dichos efectos, toda vez que a la fecha no se ha precisado dicho aspecto.

Así mismo, es de resaltar que, conforme al cierre del proceso liquidatorio de la E.S.E., los contratos mediante los cuales se constituyeron las fiducias del patrimonio autónomo de la entidad liquidada fueron cedidos al otrora Ministerio de la Protección Social, entidad que en adelante actuaría como fideicomitente cesionario de los mismos[[4]](#footnote-4).

Precisado lo anterior, en lo concerniente a la figura de la fiducia es dable destacar que el Código de Comercio[[5]](#footnote-5) establece que los bienes constituidos en el correspondiente fideicomiso no forman parte de la garantía general de acreedores de la entidad fiduciaria y que el patrimonio constituido en fiducia únicamente garantiza las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida[[6]](#footnote-6).

Adicionalmente, es de destacar que el mismo Código en su artículo 1233 establece que los bienes que constituyen los bienes en fideicomiso se mantienen separados del resto del activo fiduciario y forman un patrimonio autónomo destinado a cumplir con la finalidad de la fiducia[[7]](#footnote-7).

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

Por último debe precisarse que mediante sentencia proferida el 29 de enero de 2005, la Subsección B de esta Corporación[[8]](#footnote-8), analizó lo relacionado con la entidad encargada de asumir las condenas impuestas en contra de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, así:

*“(…) la apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social, sostuvo que el A quo incurrió en un error al disponer que el cumplimiento de la Sentencia estaba a cargo de esa entidad, pues la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento era autónoma y tenía la capacidad jurídica para adquirir obligaciones, sin la intervención de referido Ministerio.*

*Frente al anterior argumento, observa la Sala que el proceso de liquidación de la E.S.E. demandada inició con la expedición del Decreto 3202 de 24 de agosto de 2007 y, posteriormente, el Decreto 4171 de 29 de octubre de 2009, reglamentó la forma como serían sufragadas las obligaciones adquiridas por la entidad, en los siguientes términos:*

*“Artículo 1°.* ***En virtud del presente decreto la Nación asume el valor de las obligaciones laborales reconocidas insolutas a cargo de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación****, únicamente por concepto del valor de la normalización pensional aprobado por la entidad ante la cual se surtió dicho mecanismo, las obligaciones laborales oportunas y extemporáneas, las obligaciones laborales clasificadas en el pasivo cierto no reclamado y las clasificadas como gastos administrativos laborales.*

*(…)*

*“Parágrafo. Los recursos para el pago de las obligaciones laborales cuyo valor asume la Nación de conformidad con el presente artículo serán girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público* ***a la entidad fiduciaria*** *contratada por la entidad en liquidación, de conformidad con el artículo 35 del Decreto-Ley 254 de 2000 modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, para lo cual en el contrato de fiducia mercantil se incluirán las previsiones correspondientes.*

 *(…).”.*

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

*“(…)*

*Que la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación celebró el contrato de Fiducia Mercantil Nº 114 del 30 de diciembre de 2008, cuyo objeto es la administración por parte de FIDUPREVISORA S.A. del patrimonio autónomo a integrarse con los activos que le transfiere la ESE; efectuar los pagos con cargo a dichos recursos y administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidas por la liquidación de la mencionada empresa social.*

*(…)*

*Que al cierre del proceso liquidatorio, los tres (3) contratos citados fueron cedidos al* ***Ministerio de la Protección Social, Entidad que en adelante actuará como fideicomitente cesionario de los dos de fiducia mercantil****.*

*(…).”.*

*Por su parte, el Contrato No. 114 de 2008, celebrado entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, como fideicomitente, y la Fiduprevisora S.A., en condición de fiduciaria, se estableció lo siguiente (fls. 608 a 631):*

*“(…)*

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

*(…)*

*3.3.* ***SEGUIMIENTO A LOS PROCESOS JUDICIALES: LA FIDUCIARIA, como representante del PAR, tendrá a su cargo el control, seguimiento, atención y pago, en caso de sentencias debidamente ejecutoriadas, de los procesos judiciales que cursan en contra de EL FIDEICOMITENTE, de conformidad con el capítulo IV del presente contrato****.*

*(…)*

*CLÁUSULA QUINTA: FIDEICOMITENTE: Para los efectos de este contrato, la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN, ejercerá los derechos que la Ley concede a los fideicomitentes.* ***Después de extinguida legalmente la ESE en LIQUIDACIÓN, el presente contrato continuará vigente y con plenitud de sus efectos y en ese evento la calidad de FIDEICOMITENTE será ostentada por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL****. (…)*

*CAPÍTULO IV*

*DE LOS PROCESOS JUDICIALES DEL FIDEICOMITENTE*

*CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: ACTIVIDADES A DESARROLLAR CON RELACIÓN A LOS PROCESOS JUDICIALES DE EL FIDEICOMITENTE:*

*(…)*

*PARÁGRAFO PRIMERO: Las obligaciones relativas a la defensa judicial del PAR, serán ejercidas por la FIDUCIARIA a partir de la terminación del proceso Liquidatorio de EL FIDEICOMITENTE. (…).”.*

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

*A su vez, el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento[[9]](#footnote-9), previó que los activos de la entidad quedarían a cargo de la FIDUPREVISORA S.A., administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E.*

*Así las cosas, el proveído impugnado será aclarado en el sentido de indicar que* ***el valor de las condenas deberá ser asumido por la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación o la entidad que tenga a cargo sus acreencias.*** *(…)”*

Así las cosas, considera la subsección que no se configura la nulidad planteada por la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social por cuanto en atención a lo expuesto no era necesario que se le vinculara al proceso como demandado, pues el aludido Ministerio tenía la calidad de fideicomitente del contrato de Fiducia suscrito entre la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y la Fiduagraria S.A. y en tal virtud puede llegar a concurrir al pago de las posibles condenas que le fueran impuestas a la entidad.

**Problema jurídico**

Aclarado lo anterior, los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

¿Se demostraron los elementos de una relación laboral o vinculación legal y reglamentaria a raíz de los contratos de prestación de servicios de Médico General, que celebró la E.S.E. Luis Carlos Galán con la demandante?

En caso afirmativo ¿La demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento para la época?

**Primer problema jurídico.**

¿Se demostraron los elementos de una relación laboral o vinculación legal y reglamentaria a raíz de los contratos de prestación de servicios de Médico General, que celebró la E.S.E. Luis Carlos Galán con la demandante?

**ELEMENTOS DE UNA RELACIÓN LABORAL EN EL SUB-LITE.**

La parte demandante afirma que mediante los contratos de prestación de servicios que celebró en principio con el Instituto de los Seguros Sociales y posteriormente con la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, se desarrolló una relación laboral que debe dar lugar a la indemnización por las prestaciones sociales que no se cancelaron.

Con el fin de analizar las pretensiones de la demanda se tiene en cuenta lo siguiente:

En el presente proceso se probó que la demandante celebró contrato de prestación de servicios núm. V.A. 015203 el 14 de junio de 2003 con el Instituto de Seguros Sociales por el término de 5 meses, no obstante a través del Decreto 1750 de 2003 se dispuso escindir dicha entidad, y a su vez crear la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento a quien para la época le fue cedido el contrato mencionado.

Por lo anterior, la E.S.E prorrogó el plazo del contrato cedido y celebró quince contratos más de la misma naturaleza de forma ininterrumpida, esto es, desde el 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007 (folios 98 a 147). Los cuales se relacionan a continuación[[10]](#footnote-10):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Número contrato** | **Plazo** | **Término** | **Valor**  |
| V.A. 015203ISS | Del 1º de julio hasta el 30 de noviembre de 2003 | 5 meses | $10.488.700 |
| Adición al contrato15203 | Del 1º de diciembre de 2003 hasta el 15 de febrero de 2004 | 2 meses 15 días | $5.244.350 |
| 01067-04 | Del 16 de febrero hasta el 15 de marzo de 2004 | 1 mes | $2.097.740 |
| 04602-04 | Del 16 de marzo hasta el 30 de abril de 2004 | 1 mes 15 días | $3.146.610 |
| 06821-04 | Del 1º de mayo hasta el 30 de junio de 2004 | 2 meses | $4.195.480 |
| 09205-04  | Del 1º de julio hasta el 31 de octubre de 2004 | 4 meses | $8.390.960 |
| 10668-04(Modificación 29-12-2004) | Del 1º de noviembre de 2004 hasta el 31 de enero de 2005 | 2 meses15 días | $5.244.350 |
| 00780-05 | Del 1º de febrero hasta el 31 de mayo de 2005 | 4 meses | $8.390.960 |
| 04757-05 | Del 1º de junio hasta el 31 de agosto de 2005 | 3 meses | $6.293.220 |
| 06015-05(Modificación 1-09-2005) | Del 1º de septiembre hasta el 10 de octubre de 2005 | 1 mes 9 días | $2.097.740 |
| 08450-05 | Del 11 de octubre de 2005 hasta el 31 de enero de 2006 | 3 meses20 días | $7.691.713 |
| 10908-06(Modificación 28-04-2006) | Del 1º de febrero hasta el 31 de mayo de 2006 | 4 meses | $6.607.881 |
| 13766-06(Adición 1-09-2006) | Del 1º de junio al 10 de octubre de 2006 | 4 meses10 días | $6.607.881 |
| 15828-06 | Del 11 de octubre hasta el 30 de noviembre de 2006 | 1 mes20 días | $3.671.045 |
| 18758-06 | Del 1º de diciembre de 2006 hasta el 4 de enero de 2007 | 1 mes4 días | $2.496.311 |
| 01632-07(Adición 4-05-2007) | Del 5 de enero hasta el 4 de julio de 2007 | 6 meses 4 días | $11.453.660 |
| 4300-07 | Del 5 de julio hasta el 3 de septiembre de 2007 | 2 meses 26 días | $8.208.456 |

El objeto del primer contrato de prestación de servicios fue el siguiente:

*“[…]* ***EL CONTRATISTA*** *se obliga para con* ***EL INSTITUTO*** *a prestar los servicios requeridos por la entidad y que se concretan en: 1. Atención de consulta de urgencias de acuerdo con los procedimiento médicos establecidos. 2. Atención de consulta programada. 3. Atención del paciente hospitalizado. 4. Colaborar con los entes de investigación o control del seguro social cuando así se requiera. 5. Colaborar y propender en el cuidado y de las propiedades del seguro social, (sic) (incluida la propiedad intelectual (Propiedad Industrial y Derechos de Autor). 6. Constituir Póliza de responsabilidad civil médica, que ampare los riesgos en el ejercicio de la actividad profesional. 7. Cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de la historia clínica de los pacientes. 8. Ejercer su profesión dentro del Estado de la Técnica reconocida, con moral y ética. 9. Emitir conceptos técnicos sobre suministros, materiales y Equipamiento, cuando se lo solicite por escrito la Gerencia de la Clínica. 10. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente. 11. Participar en comités técnicos de calidad 12. Participar en equipos interdisciplinarios a solicitud de la institución. 13. Participar en estudios de caso. 14. Participar en las programaciones de disponibilidad que pudiere organizar el Seguro Social. 15. Participar en los Programas Docentes Asistenciales que desarrolla la Clínica según los convenios respectivos con las universidades que establezca el Seguro Social. 16. Prescribir únicamente con nombres genéricos los exámenes o procedimientos que autoriza la Vicepresidencia de IPS 17. Prescribir únicamente con nombres genéricos los medicamentos que se encuentran incluidos en el manual de medicamento y terapéutica definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. 18. Realización de ayudantías quirúrgicas. 19. Realización de procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos urgentes y/o programados en consultorio. 20. Rendir los informes que el Seguro Social exija dentro de los plazos determinados, colaborando con la administración. 21. Responder inter consultas. 22. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de facturación y control de costo; responsabilizarse del inventario que le asigne* ***EL INSTITUTO*** *para el desarrollo de sus obligaciones; mantener debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón a sus actividades; manejar adecuadamente los elementos que el Instituto le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato; cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el interventor del contrato, cumplir la obligaciones descritas en los numerales anteriores de conformidad con la programación establecida por* ***EL INSTITUTO - CLÍNICA SAN PEDRO CLAVER - CUNDINAMARCA****. […] (Folios 98 a 99)”.*

En los demás contratos el objeto fue: *“[…]* ***EL CONTRATISTA*** *se obliga para con* ***LA EMPRESA*** *a prestar sus servicios personales de conformidad con lo manifestado en su oferta que hace parte integral del presente contrato y cumplirá oportunamente con los informes sobre el desarrollo de las actividades por él ofertadas ante el SUPERVISOR del contrato de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento […]” (*Folios 101 a 147*)*

Por su parte la carta de los servicios ofertados por la contratista (folios 36 a 37 y 202 a 203, anexo 1) enumera las siguientes funciones:

1. Atención de consulta de urgencias de acuerdo con los procedimientos médicos establecidos.
2. Atención de consulta programada.
3. Atención del paciente hospitalizado.
4. Cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de la historia clínica de los pacientes.
5. Ejercer su profesión dentro del Estado de la Técnica reconocida con moral y ética.
6. Emitir conceptos técnicos sobre suministros, materiales y equipamiento, cuando se lo solicite por escrito.
7. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente.
8. Participar en comités técnicos de calidad.
9. Participar en estudios de caso.
10. Realización de ayudantías quirúrgicas.
11. Realización de procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos urgentes y/o programados en consultorio.
12. Responder inter consultas.
13. Mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades.
14. Manejar adecuadamente los elementos que utilice para el desarrollo de sus actividades.
15. Cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el interventor del contrato.

Nótese que las funciones descritas son las mismas contenidas en el objeto del contrato inicialmente suscrito, y que pese a no estar expresamente consignadas en los demás contratos, lo cierto es que hacen parte integral de los mismos.

Determinados los contratos de prestación de servicios que celebró la demandante con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, es preciso indicar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 se pronunció sobre las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, en los siguientes términos:

*“[…] Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.[…]”*[[11]](#footnote-11)(Subrayado del Tribunal).

Según los presupuestos desarrollados en la sentencia C-154 de 1997, es necesario verificar si en el presente asunto se probaron los tres elementos constitutivos para una relación laboral, principalmente la subordinación o dependencia continuada. Este último elemento como criterio concluyente para revelar la relación laboral o vinculación legal y reglamentaria.

1. **La prestación personal del servicio**:

Con el fin de demostrar este elemento se resaltan las pruebas testimoniales practicadas cuyos testigos fueron compañeros de trabajo de la demandante al servicio de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, al respecto:

* Testigo Liliana María Vega Fragozo (folios 86 a 88):

*“[…]* ***PREGUNTADO:*** *Informe al despacho si usted tiene conocimiento de cual (sic) era la labor desempeñada por la señora DIANA MARGARITA GUEVARA SANABRIA, en la E.S.E LUIS CARLOS GALAN, en caso afirmativo, en que (sic) consistía.* ***CONTESTO****: Sí, ella trabajaba como médico general con un horario establecido, hacíamos turnos de tardes de 1 p.m. a 7 p.m., nocturnos de 7 p.m. a 7 a.m. y festivos y dominicales de 7 a.m. a 7 p.m., algunas veces también en las noches según la programación. Las labores que debía desempeñar era la atención de los pacientes en el servicio de urgencias y de los pacientes hospitalizados en el área de observación medicina interna. […]* ***PREGUNTADO:*** *Díganos si usted sabe si las labores que cumplió el demandante desde que usted la conoció trabajando en la E.S.E. hasta cuando fue despedida, fueron continuas o si hubo interrupción por alguna razón que usted conozca.* ***CONTESTÓ****: Las labores fueron continuas, nunca hubo interrupción, incluso nunca tuvimos vacaciones, en las incapacidades tocaba laboral o pagarle a alguien para que le hiciera a uno el turno. […]”*

* Testigo Álvaro Puyo Ibagon (folios 89 a 91):

*“[…]* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si las labores que cumplió la demandante desde que usted la conoció trabajando en la clínica trabajando para el ISS, y hasta cuando fue despedido de la ESE en el 2007, fueron continuas o si hubo interrupción por alguna razón que usted conozca.* ***CONTESTÓ****: Las labores siempre fueron continuas y durante todo el tiempo que laboró en urgencias no hubo interrupción de las labores.* ***PREGUNTADO:*** *Dígale al despacho con que (sic) frecuencia se encontraba usted con la demandante en el cumplimiento de sus labores.* ***CONTESTÓ****: Diariamente porque trabajábamos en el mismo grupo y teníamos el mismo horario, yo era el coordinador del grupo. […]”*

* Testigo Dannys Raquel Mercado Barraza (folios 92 a 94)

*“[…]* ***PREGUNTADO****: informe al despacho si usted tiene conocimiento de cual (sic) era la labor desempeñada por la señora DIANA MARGARITA GUEVARA SANABRIA, en el Seguro Social, en caso afirmativo, en que (sic) consistía.* ***CONTESTO****: Sí la conozco, ella se desempeñaba como médico general en el servicio de urgencias en la clínica San Pedro Claver. Las labores que debía desempeñar era la atención de los pacientes de urgencias, revisión y aplicación de protocolos de urgencias, evolución de los pacientes de urgencias, formulación de medicamentos. […]”*

Las pruebas precitadas permiten establecer que la demandante prestó de forma personal el servicio de Médico General, en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

1. **Remuneración por el servicio prestado.**

Para evidenciar el segundo elemento de la relación laboral, consistente en la remuneración que recibió la demandante por la prestación del servicio de Médico General se observa en el expediente a folios 98 a 147 el valor de cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribieron las partes, así como del valor a cancelar mensualmente por dicho concepto.

En consecuencia, se demostró la remuneración que recibió la demandante por parte de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento por los servicios de Médico General que prestó.

1. **Subordinación y dependencia continuada.**

Con el fin de verificar el elemento esencial de la relación laboral, es decir, la subordinación continuada, se relacionan las siguientes pruebas practicadas y aportadas al proceso:

Testimonios:

* Testigo Liliana María Vega Fragozo (folios 86 a 88):

*“[…]* ***PREGUNTADO:*** *Informe al despacho si usted tiene conocimiento si la labor desarrollada […] era supervisada por alguna persona, en caso afirmativo en que (sic) consistía esa supervisión.* ***CONTESTO****: Éramos supervisados por un coordinador de grupo y por un jefe de urgencias de la E.S.E LUIS CARLOS GALAN, el supervisor era el jefe de urgencias de nombre DR. GUILLERMO GROSSO inicialmente y después NELSON SIERRA, el coordinador del grupo inicialmente fue el Dr. RAFAEL ACERO, EL Dr. ALVARO PUYO y la Dra. CONSTANZA VARGAS. […]* ***PREGUNTADO****: Díganos quién establecía el horario que en respuesta anterior, usted mencionó cumplía la demandante.* ***CONTESTO****: El horario lo establecía el jefe de urgencias del momento, Dr. GUILLERMO GROSSO, y Dr. NELSON SIERRA que remplazó a Guillermo en la jefatura de urgencias.* ***PREGUNTADO****: Dígale al despacho si había algún funcionario de la ESE que le controlara a la demandante el cumplimiento del horario, y que eventualmente le hicieran llamados de atención por llegar tarde.* ***CONTESTO****: Sí, los jefes de urgencias y los coordinadores, incluso en ocasiones nos pasaban memorandos.* ***PREGUNTADO:*** *Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de cambiar el horario de trabajo que le establecía la ESE, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal.* ***CONTESTO****: No era un horario establecido, si había cambio de turno tenía que ser supervisado y aprobado por el jefe de urgencias previamente. […]* ***PREGUNTADO****: Díganos si había alguna persona de la ESE que le impartiera a la demandante, órdenes o directrices sobre las labores que debía realizar.* ***CONTESTO****: Sí el coordinador y jefe de urgencias. […]* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de determinar a su conveniencia el número de consultas o pacientes que iba a atender diario.* ***CONTESTO****: No, el número de consultas dependía del tiempo o el horario establecido, todos los pacientes que llegaran a ese horario.* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si durante las jornadas de trabajo que le establecía la ESE, la demandante podía atender pacientes particulares de ella.* ***CONTESTO:*** *No nunca. […].”* (Se subraya)

* Testigo Álvaro Puyo Ibagon (folios 89 a 91):

*“[…]* ***PREGUNTADO****: Informe al despacho si usted tiene conocimiento si la señora DIANA GUEVARA, cumplía algún tipo de horario, en caso afirmativo informe cuál era.* ***CONTESTO****: Sí ella cumplía horario, se trabajaba bajo la modalidad de turnos, en horas de la tarde de 1 p.m. a 7 p.m. y cada cuarta noche turnos de 7 p.m. a 7 a.m., con esta modalidad se incluían fines de semana, festivos y dominicales.* ***PREGUNTADO:*** *Informe al despacho si usted tiene conocimiento si la labor desarrollada por la señora DIANA GUEVARA, era supervisada por alguna persona, en caso afirmativo en que (sic) consistía esa supervisión.* ***CONTESTO****: Sí era supervisada por el médico coordinador del grupo al que ella pertenecía y consistía en cumplimiento de horario y cumplimiento de las labores asignadas durante el mes en que se estaban realizando las actividades. […]* ***PREGUNTADO:*** *Dígale al despacho si había algún funcionario de la ESE que le controlara a la demandante el cumplimiento del horario y que eventualmente le hiciera llamados de atención por llegar tarde.* ***CONTESTO:*** *Sí el médico coordinador del servicio durante los turnos, por mandato expreso del jefe del departamento de urgencia.* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de cambiar el horario de trabajo que le establecía la ESE, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal.* ***CONTESTO****: No. No había posibilidad, porque las agendas de trabajo estaban establecidas directamente por la jefatura de urgencias […]* ***PREGUNTADO****: Díganos si había alguna persona de la ESE que le impartiera a la demandante, órdenes o directrices sobre las labores que debía realizar.* ***CONTESTO:*** *Si la había el coordinador de urgencias, siguiendo las directrices del jefe de departamento, se hacían a través de memorandos que directamente pasaba al jefe del departamento para darle a conocer a todos los médicos y una vez ellos enterados firmaban el conocimiento de los memorandos. […]* ***PREGUNTADO:*** *Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de determinar a su conveniencia el número de consulta o pacientes que iba a tener a diario.* ***CONTESTO:*** *No, el número de consultas estaba establecido por la demanda de servicios de urgencias y el número de pacientes a atender en observación estaba establecido directamente por la jefatura en un número de doce por turno de 6 horas, al final del turno cada médico debía pasar una relación escrita del número de pacientes que habían sido atendidos. […]”*

* Testigo Dannys Raquel Mercado Barraza (folios 92 a 94):

*“[…]* ***PREGUNTADO****: Informe al despacho si usted tiene conocimiento si la señora DIANA GUEVARA, cumplía algún tipo de horario, en caso afirmativo informe cual era.* ***CONTESTO****: Sí ella cumplía horario, el horario que se cumplía era el estipulado por el jefe de urgencias, ella estaba en el horario de la tarde de 1 p.m. a 7 p.m., turnos nocturnos de 12 horas incluyendo fines de semana y festivos […].* ***PREGUNTADO****: Informe al despacho si usted tiene conocimiento si la labor desarrollada […] era supervisada por alguna persona, en caso afirmativo en que (sic) consistía esa supervisión.* ***CONTESTO****: Sí era supervisada, por el coordinador de urgencias que a su vez cumplía órdenes del jefe de urgencias. […].* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de cambiar el horario de trabajo que le establecía la ESE, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal.* ***CONTESTO****: No, porque había una agenda establecida mensualmente que había que cumplir. […]* ***PREGUNTADO****: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la posibilidad de determinar a su conveniencia el número de consultas o pacientes que iba a tender a diario. CONTESTO: No, no tenía la facultad de escoger el número de pacientes que debía atender, se atendían los pacientes dependiendo de la necesidad del servicio, pero en el módulo de observación si tenías que valorar mínimo 12 pacientes en un turno de 6 horas.* ***PREGUNTADO:*** *Díganos si usted sabe si durante las jornadas de trabajo que le establecía la ESE, la demandante podía atender pacientes particulares de ella.* ***CONTESTO:*** *No podía. […]”*

A partir de la prueba testimonial se colige claramente que la demandante recibía órdenes por parte de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación de forma constante para el desarrollo de sus servicios; debía cumplir un horario de trabajo asignado por dicha entidad que en muchos casos se extendía a más de diez horas diarias, los siete días a la semana; no podía ejercer sus servicios de médico general de forma autónoma e independiente porque se debía circunscribir a las instrucciones de la E.S.E. No podía tampoco ejercer sus actividades médicas para otras entidades o particulares.

Corolario, se demostró la subordinacióno dependencia continuada, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

**EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL O VINCULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA.**

A partir del análisis probatorio, la Subsección concluye que la demandante prestó sus servicios personales a favor de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, a través de funciones de médico general propias del cargo “médico profesional código 2085 grado 18” [[12]](#footnote-12) de la planta de personal de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento para la época (ver manual de funciones folio 279), mediante sucesivas vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios celebrados entre el 1º de julio de 2003 hasta el 3 de septiembre de 2007, es decir, por un lapso superior a cuatro años para atender las funciones de medicina general o familiar.

Ello evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales desdibujándose la temporalidad o transitoriedad que caracteriza la contratación de prestación de servicios.

Adicionalmente a folio 40 del anexo 1, el Gerente General de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento Faruk Urrutia Jalilie certifica que: *“(…) en la actualidad no existe personal de planta suficiente para ejercer las actividades que permitan prestar los servicios asistenciales y administrativos con oportunidad y calidad, por lo que se hace necesario realizar la Contratación de Prestación de Servicios Personales de Profesionales, Apoyo Administrativo y Apoyo Asistencial para la Empresa*. (…)”

Así pues, se infiere que el ejercicio de funciones iguales a las que cumplen los servidores de planta y que forman parte del “*giro ordinario de los negocios”* de la empresa como es la prestación de los servicios de salud, se trata del cumplimiento de funciones de carácter permanente, para las cuales, por disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración. Máxime cuando dichas labores, comportan una “*subordinación*”, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de su superior, es claro que se desvanece la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio.

Así las cosas y dado que en este caso, se desvirtuó la autonomía e independencia en la prestación del servicio del demandante, al igual que la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados los elementos de la relación laboral, se concluye que la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación vinculó a la demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza real de la labor que ésta desempeñó.

Lo anterior genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades regulado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque la demandante desarrolló la función de médico general en la E.S.E, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos que se desempeñaban en el cargo de “*médico profesional código 2085 grado 18*”.

En consecuencia, y como bien lo consideró el Tribunal A quo se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado (oficio núm. LCGS-LIQ 1278-2007 del 1º de noviembre de 2007) por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y la demandante, y en consecuencia procede el pago de las acreencias salariales y prestacionales reclamadas.

Se reitera que las entidades públicas no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal[[13]](#footnote-13).

**En conclusión**

De conformidad con el material probatorio del proceso se demostró la existencia de una relación laboral entre la señora Diana Margarita Guevara Sanabria y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

Establecido lo anterior, es procedente entonces el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron a la demandante, tal como lo ha señalado de manera reiterada esta Corporación[[14]](#footnote-14) y como en efecto procedió el A quo.

Dichas condenas deberán ser asumidas por “***la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación o la entidad que tenga a cargo sus acreencias”,*** tal como se expuso en el acápite de cuestión previa. En tal virtud deberá modificarse la sentencia apelada.

**Decisión de segunda instancia.**

Por lo expuesto la Sala modificará la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E” que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Diana Margarita Guevara Sanabria contra la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, en el sentido de declarar que el valor de la condena deberá ser asumido por “*la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación o la entidad que tenga a cargo sus acreencias*”.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**Primero: Denegar** la solicitud de nulidad presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con lo expuesto ut supra.

**Segundo**: **Modificar** los numerales 2º, 3º y 4º de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E” que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Diana Margarita Guevara Sanabria contra la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, en el sentido de declarar que el valor de la condena deberá ser asumido por “*la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación o la entidad que tenga a cargo sus acreencias*”.

**Tercero: Confirmar** en todo lo demás la providencia apelada.

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**Relatoría:** AJSD/Dcsg/Lmr.

1. Mediante auto del 1º de abril de 2008 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, inadmitió la demanda por considerar que existía una indebida acumulación de pretensiones, toda vez que la pretensión subsidiaria dirigida a obtener la nulidad de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes del proceso, es propia de la acción contractual, por lo que concedió a la actora 5 días para subsanarla. En consecuencia, el apoderado de la parte demandante dentro del término concedido allegó memorial en el que manifestó su intención de renunciar a dicha pretensión. (folio 33 del cuaderno principal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 489 de 1998. **Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.**

**(…)**

Artículo 52º.-*De la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales.* El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente Ley cuando:

(…)

Parágrafo 1º.- El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos. [↑](#footnote-ref-2)
3. “Por el cual se reglamentan los artículos 25 y 26 del Decreto 254 del 21 de febrero de 2000 sobre el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional.” [↑](#footnote-ref-3)
4. “Que al cierre del proceso liquidatorio, los tres (3) contratos citados fueron cedidos al Ministerio de la Protección Social, entidad que en adelante actuará como fideicomitente cesionario de los mismos.” [↑](#footnote-ref-4)
5. **Decreto 663 de 1993. Artículo 146º. Normas Generales de las Operaciones Fiduciarias.**

**1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios.**En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto. [↑](#footnote-ref-5)
6. **Código de Comercio. Artículo 1227. <Obligaciones Garantizadas con los Bienes Entregados en Fideicomiso>.** Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida. [↑](#footnote-ref-6)
7. **Código de Comercio. Artículo 1233. <Separación de Bienes Fideicomitidos>.** Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”. Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015). Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp. 250002325000200800782 02 número interno: 4149-2013. Actor: Olga Liliana Gutiérrez Galvis. [↑](#footnote-ref-8)
9. El aludido proceso culminó el 6 de noviembre de 2009. [↑](#footnote-ref-9)
10. A folio 8 del expediente obra certificación proferida por la Apoderada Especial del Liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento Magdalena Sabogal de Urrego, en la que se relacionan los dieciséis contratos de prestación de servicios celebrados con la demandante. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, Sentencia C-154 de nueve de marzo de 1997, Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". [↑](#footnote-ref-11)
12. “1. Atender consulta de urgencias, como programada; 2. Efectuar el registro de la historia clínica de acuerdo a la normatividad vigente al respecto (resolución 1995 de 1999), o la que aclare, modifique o adicione; 3. Prescribir ordenes de apoyo diagnóstico y terapéutico de acuerdo a las normas del sistema y sujeción al POS; 4. Realizar las actividades de promoción y mantenimiento de la salud; 5. Prescribir los medicamentos a los usuarios, de acuerdo con las normas del sistema y con sujeción al listado de medicamentos POS; 6. Expedir las incapacidades de los usuarios, de acuerdo con la normatividad legal vigente y los reglamentos de la empresa; 7. Realizar procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos urgentes y/o urgentes y/o programados en consultorio o en sala especial; 8. Realizar ayudantías quirúrgicas; 9. Atender paciente hospitalizado; Participar en junta médico- quirúrgicas; 11. Participar en comités técnicos de calidad; 12. Participar como docente asistencial según los convenios respectivos con las Universidades que establezca la Empresa; 13. Participar en equipos interdisciplinarios a solicitud de la Empresa; 14 Emitir conceptos técnicos sobre suministros y/o equipamiento; 15. Diligenciar los diferentes formatos y registros del sistema de información de acuerdo con la normatividad legal vigente; 16. Cumplir las funciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por la Empresa; 17. Responder por inventario que le asigne la Empresa para el desarrollo de sus obligaciones; Mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus funciones; 19. Manejar adecuadamente los elementos que la Empresa le entregue para el desarrollo de sus funciones; 20. Cumplir oportunamente con los informes que le sean solicitados por el superior inmediato y 21. Las demás que le sean asignadas de conformidad con la naturaleza de la dependencia.*”* [↑](#footnote-ref-12)
13. Ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), Expediente No. 250002325000200406919 01 número interno: 2785-2008 Actor: Esperanza Alarcón Rosas. [↑](#footnote-ref-14)