



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B**

**MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicado :250002325000200800646 01**

**Nº Interno :0016- 2012**

**Demandante :Rosa Victoria Palacios Dorado**

**Demandado :E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y otros**

**Acción :Nulidad y restablecimiento del derecho –Dec. 01 de 1984-**

**Tema** : **Contrato de prestación de servicios en el sector salud. Primacía de la realidad sobre la formalidad. Tesis del contrato realidad con fundamento en el artículo 53 constitucional.**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por la parte demandada contra la sentencia de 23 de junio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Rosa Victoria Palacios Dorado contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

### **ANTECEDENTES**

La señora Rosa Victoria Palacios Dorado, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1. Se declare la nulidad del acto ficto presunto derivado del silencio administrativo frente a la petición presentada el 29 de noviembre de 2007, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por los servicios prestados como auxiliar de servicios asistenciales, conforme a la convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS con sus trabajadores, vigente para los años 2001- 2004.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que los contratos de prestación de servicios celebrados con la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, a partir del 14 de julio de 2003 y hasta el 5 de julio de 2007, envuelven una relación laboral legal y reglamentaria, por la naturaleza de la función encomendada y por haberse acreditado los elementos de una relación laboral.

3. Se reconozcan las prestaciones sociales en los mismos términos en los que tienen derecho los empleados de planta que desarrollan idénticas funciones con sujeción a la convención colectiva de trabajo del ISS, vigente para los años 2001-2004, tales como cesantías, intereses a la cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima extralegal, prima de navidad, horas extras, incrementos de salario, el valor de las pólizas, aportes a salud y pensión, valores descontados por concepto de retención en la fuente, auxilio de transporte, dotaciones y la indemnización moratoria por no haber cancelado las prestaciones en forma oportuna.
4. Se reconozcan y paguen perjuicios morales en cuantía de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, junto con los intereses de mora correspondientes.
5. Se cumpla la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare la nulidad de los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad demandada por haber sido expedidos de manera irregular y con desviación de poder y que se declare que la demandante estuvo vinculada como empleada pública mediante una relación legal y reglamentaria y no a través de contratos de prestación de servicios.

**Los hechos** en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

1. La señora Rosa Victoria Palacios Dorado prestó sus servicios personales como auxiliar de servicios asistenciales en el ISS, a través de contratos de prestación de servicios personales, del 25 de noviembre de 1998 al 30 de junio de 2003, fecha en que se presentó la escisión del Instituto y se creó la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, mediante Decreto 1750 de 26 de junio de 2003.
2. A partir del 1 de julio de 2003 y hasta el 30 de septiembre de 2007, continuó prestando servicios como auxiliar de servicios asistenciales a la ESE Luis Carlos Galán

Sarmiento mediante contratos de prestación de servicios personales, cumpliendo las mismas funciones que el personal de planta en el programa de promoción y prevención de las ETS/VIH-SIDA de los Centros de Atención Ambulatoria, CAA, de Chapinero y Santafé, atendiendo una jornada laboral de 204 horas al mes, bajo las órdenes del gerente de cada CAA.

3. Durante su vinculación cumplió las mismas labores que el personal de planta de la entidad, pero con una jornada laboral mayor y sin recibir la misma remuneración ni prestaciones sociales.
4. Indicó que a partir de la escisión del ISS, ordenada mediante Decreto 1750 de junio 26 de 2003, se presentó una sustitución patronal en los términos del artículo 2 de la Ley 64 de 1946, en razón a que subsistió la identidad del establecimiento y no sufrió variaciones esenciales en el giro de sus actividades. En virtud de lo anterior, sostuvo que los derechos adquiridos durante su vinculación laboral con el ISS derivados de la convención colectiva de trabajo no se extinguieron, razón por la cual solicita su reconocimiento en los términos de dicho instrumento de negociación.
5. Asegura que la entidad demandada le adeuda los incrementos salariales y las prestaciones sociales propias de una relación laboral.
6. El 29 de noviembre de 2007 presentó petición solicitando el pago de las prestaciones sociales emanadas de la convención colectiva de trabajo sin obtener respuesta, configurándose un acto ficto presunto con el cual quedó agotada la vía gubernativa.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 125, 209, 277 de la Constitución Política; el artículo 8 de la Ley 4 de 1990 y Ley 790 de 2002; los artículos 26 inciso 2, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; los artículos 5 y 71 del Decreto 1250 de 1970; los artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; el Decreto 1660 de 1978 y el Decreto 1333 de 1986.

Al explicar el concepto de violación, se expuso que el acto demandado incurrió en violación de norma superior por falta de aplicación de la ley, aplicación indebida e interpretación errónea de la misma. Se indica que la entidad demandada omitió la vinculación legal y reglamentaria mediante acto de nombramiento, con la finalidad de no reconocer prestaciones sociales, disponer libremente y con ánimo “clientelista” de los empleos y deslaborar el trabajo realizado.

Sostuvo que el acto acusado incurrió en el vicio de falsa motivación porque negó el reconocimiento de las prestaciones sociales aunque los contratos de prestación de servicios fueron simulados, pues en todo momento estuvieron presentes los elementos esenciales de una relación laboral: a) actividad personal, b) subordinación o dependencia al exigirse el cumplimiento de órdenes por un superior y c) remuneración del servicio. En aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuando confluyen estos tres elementos, señaló la parte actora, se configura una relación laboral que goza de protección constitucional.

Indicó que por la función desarrollada como auxiliar de enfermería, la cual es permanente, debió ser vinculada mediante una relación legal y reglamentaria en igualdad de condiciones que los demás empleados de planta de la entidad demandada.

#### **Adición de la demanda**

El 16 de julio de 2009 la demandante adicionó las pretensiones y los hechos de la demanda. En tal sentido: (i) solicitó la suma de \$11.375.000 por concepto de indemnización por despido e indexación, (ii) informó que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia de 29 de mayo de 2009<sup>1</sup>, accedió a las pretensiones de la demanda que había promovido en contra del ISS, por lo que declaró la existencia de una relación laboral con dicho instituto entre el 25 de noviembre de 1998 y el 30 de junio de 2003, y ordenó el pago de las prestaciones sociales adeudadas, incluidos los beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo para el año 2001-2004 (folios 33 a 37).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**1.- La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación** se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (folios 97 a 115): Manifestó que suscribió con la demandante contratos de prestación de servicios profesionales regulados por la Ley 80 de 1993, que no dan lugar a la existencia de una relación laboral ni al pago de las prestaciones sociales reclamadas. Resalta además, que la afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensiones está a cargo del contratista, conforme a lo establecido por el artículo 282 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 114 del Decreto 2150 de 1995.

Señaló que las actividades desarrolladas eran las propias de un auxiliar de enfermería que no pueden coincidir con las establecidas para los enfermeros de planta y de todas formas, el Decreto 1757 de 2003 no contempló el cargo de auxiliar de enfermería.

---

<sup>1</sup> Folios 44 a 96.

Como razones de defensa, sostuvo que la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, creada mediante el Decreto 1750 de 2003, es una entidad descentralizada del nivel nacional, adscrita al Ministerio de la Protección Social, que tiene por objeto prestar el servicio de salud.

Mediante Decreto 3202 de agosto 24 de 2007 se ordenó la supresión de la ESE y el artículo 3° prohibió iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, conservando su capacidad jurídica únicamente para realizar actos, operaciones y contratos necesarios para efectuar su pronta liquidación.

Precisó que la ejecución de las actividades contratadas con la demandante obedeció al hecho de que la ESE no contaba en su planta de personal con suficiente recurso humano capacitado para la prestación de servicios especializados; por ello, la contratación se realizó en consideración a las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas por la demandante, que motivaron a la administración a contratar sus servicios personales bajo el régimen de la Ley 80 de 1993. Dichas condiciones fueron aceptadas por la contratista en ejercicio de la autonomía de la voluntad, situación por la que su actuación en criterio de la parte demandada «denota mala fe» al pretender darle connotaciones diferentes a los contratos de prestación de servicios.

Propuso las siguientes excepciones: (i) no utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, (ii) pago, (iii) inexistencia del derecho y la obligación, (iv) ausencia del vínculo de carácter laboral, (v) cobro de lo no debido, (vi) falta de jurisdicción, (vii) falta de agotamiento de la vía gubernativa, (viii) falta de legitimación en la causa por pasiva, e (ix) imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. Esto último, por cuanto

la ESE entró en un proceso liquidatorio conforme a lo previsto por el Decreto 3202 de 2007, el cual le prohíbe iniciar nuevas actividades.

**2.- La Fiduciaria La Previsora S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (folios 127 a 138): Manifestó que no tuvo la condición de liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y su relación con dicho ente se limitó a servir como fiduciario en 2008, para constituir un patrimonio autónomo dirigido a realizar pagos, administración de recursos, seguimiento a procesos judiciales, administración y liquidación de contratos, administración y enajenación de activos y culminación del proceso de venta de activos y entrega de bienes, sin comprometer sus propios recursos en la gestión o desarrollo de tales cometidos.

Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva por inexistencia de relación laboral con la demandante y porque no es responsable de las obligaciones de la ESE, con quien solo se relaciona en virtud del contrato de fiducia mercantil.

**3.- El Ministerio de la Protección Social** se opuso a las pretensiones de la demanda (folios 147 a 174). Sostuvo que los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no generan vínculo laboral ni prestaciones sociales. Aclaró que en dicha relación contractual no participó el Ministerio de la Protección Social, razón por la que desconoce los extremos y las condiciones de la presunta vinculación.

Indicó que en el presente caso no existe una relación jurídica sustancial, para que sea considerado como litisconsorte.

Manifestó que las Empresas Sociales del Estado poseen autonomía administrativa, técnica y financiera para responder con su propio patrimonio como entidades descentralizadas y por tanto, el Ministerio de la Protección Social no es sucesor procesal de la ESE. En razón a lo anterior, propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva. También formuló la excepción de caducidad de la acción.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 23 de junio de 2011 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y condenó a la Fiduciaria la Previsora S.A. a pagar a título indemnizatorio, el valor de las prestaciones sociales causadas entre el 1 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007, cuando la demandante prestó los servicios personales como auxiliar de enfermería a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación (folios 395 a 419).

Como sustento de su decisión expuso los siguientes argumentos:

En primer lugar, sostuvo que la demandante agotó en debida forma la vía gubernativa, razón por la cual declaró no probadas las excepciones propuestas. Estimó que la demandante logró demostrar la existencia de los elementos de una relación laboral, situación por la cual ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas. Precisó que la labor contratada es de aquellas que la entidad desarrolla a través del personal de planta, por lo que consideró que la entidad demandada utilizó erróneamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó una indemnización equivalente a la totalidad del valor de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de planta que desempeñan la misma labor, tomando como base el valor pactado por concepto de honorarios.

En cuanto a las prestaciones compartidas (pensión y salud), consideró que no hay lugar al reconocimiento de las mismas porque a la demandante no se le puede conferir la calidad de empleada pública.

Negó el reconocimiento de los perjuicios morales, toda vez que no fueron demostrados en el proceso. No declaró la prescripción porque estimó que la sentencia es constitutiva de los derechos reclamados.

#### **ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

**.- La parte demandante** interpuso recurso de apelación en lo desfavorable a sus pretensiones con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación (folios 420 a 426): Insistió en que la entidad demandada debe reintegrarle, debidamente indexado, el porcentaje de los aportes que efectuó por concepto de salud y pensiones, por cuanto era su obligación pagar las afiliaciones en los porcentajes de ley.

Sostuvo que el Tribunal no se pronunció sobre los derechos extralegales derivados de la convención colectiva y en atención a ello solicitó la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales de derecho.

**.- La parte demandada.**

**La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento Liquidada y La Previsora S.A**, por conducto de la misma apoderada, interpusieron recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones (folios. 428 a 436): Se argumenta que la Fiduciaria la Previsora S.A., no ha sido notificada dentro del proceso y por lo tanto, no se le puede endilgar responsabilidad. Que dicha fiduciaria no tuvo la calidad de liquidador de la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, sino que actúa como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAP de la ESE, en ejercicio de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil No. 114 de 30 de diciembre de 2008, en cuyo otro sí de 6 de noviembre de 2009, se aclaró que bajo ninguna circunstancia la Fiduciaria ni el PAP actuarían como partes en los citados procesos judiciales; en tal sentido, planteó la falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Bajo esta argumentación se indicó, que la Previsora S.A., no tiene competencia para asumir las obligaciones que le hubieran podido corresponder a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Reiteró que los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la ESE al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no envuelven una relación laboral y por consiguiente no pueden generar el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas. Sostuvo que de acuerdo con el artículo 282 de la Ley 100 de 1993, es obligación de las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios con el Estado afiliarse al Sistema de Seguridad Social Integral y realizar los aportes correspondientes.

.- **La Nación- Ministerio de la Protección Social** por conducto de apoderada apeló la sentencia con fundamento en las siguientes razones (folios 455 a 470): Señaló que la sentencia impugnada incurrió en valoraciones jurídicas equivocadas y dio por ciertos hechos que no fueron demostrados dentro del proceso, reconociendo derechos inexistentes a la luz de normas de carácter constitucional y legal.

Reiteró que la ESE es un ente autónomo del Ministerio de la Protección Social, que no se dan los supuestos normativos de la sucesión procesal ni existe fuente legal que imponga a ese Ministerio la obligación de asumir los procesos en los que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación haya actuado como parte.

Afirmó que la mera adscripción de una entidad no impone en cabeza de quien debe ejercer el control tutelar, la obligación de suceder procesalmente a la entidad adscrita en caso de desaparición de la misma.

Manifestó que la calidad de funcionario público no puede ser asimilada ni predicada de los contratistas por prestación de servicios que desarrollan actividades con el Estado, dado que la misma se adquiere de conformidad con lo previsto en la Constitución y la ley.

Indicó que faltó congruencia entre las pretensiones y el fallo impugnado, toda vez que la demandante solicitó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el Tribunal ordenó el reconocimiento de una indemnización.

Por otra parte, afirmó que la Resolución RCA 227 de 4 de julio de 2008 «Por medio de la cual se decide sobre las reclamaciones presentadas extemporáneamente por personas que no

han tenido vínculo laboral contractual, ni legal y reglamentario con la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO»<sup>2</sup> resolvió la reclamación presentada por la demandante sobre el reconocimiento de sus derechos laborales, sin que dicho acto administrativo fuera demandado.

Finalmente, anotó que no fueron resueltos los medios exceptivos propuestos, y que se configura la excepción de inepta demanda.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

**.- La Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento<sup>3</sup> y la Fiduciaria La Previsora S.A.** a través de la misma apoderada, reiteró los planteamientos del recurso de apelación en torno a la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria. Indicó que la Previsora S.A. no es sucesora, cesionaria, causahabiente, subrogataria, ni sustituta bajo cualquier otra figura, de las obligaciones insolutas de la extinta ESE y tampoco detenta la calidad de liquidador y/o representante legal de la misma.

Afirmó que no hay lugar a la condena impuesta toda vez que el objeto ofrecido y contratado por la demandante se cumplió de común acuerdo dentro de las jornadas escogidas por la contratista, en las cuales prestaría el servicio que requería la entidad demandada. Sostuvo que el contrato de prestación de servicios es un contrato autónomo, regido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que cuenta con características y elementos propios y especiales que lo diferencian plenamente de otras modalidades contractuales, incluida la laboral.

---

<sup>2</sup> Folios 184 a 195

<sup>3</sup> Folios 520 a 528

- **El Ministerio de Salud y de la Protección Social**<sup>4</sup> sostuvo que el contrato de Fiducia Mercantil suscrito entre la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación y Fiduprevisora S.A. tenía por objeto principal constituirse en fuente de pago de los procesos judiciales iniciados contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y sobre los cuales se emita sentencia condenatoria, anotando además que los mismos hayan sido entregados por el Fideicomitente a la sociedad fiduciaria y en cumplimiento de ese contrato, la Previsora S.A. actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo conformado. Sostuvo que el Ministerio de Salud y Protección Social es totalmente independiente de la masa de bienes que conforman el patrimonio autónomo de la extinta ESE, motivo por el cual consideró que está llamada a prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.

Reiteró que mediante el Decreto 3202 de 2007 el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación de la ESE, la cual se sujetó a las disposiciones de la Ley 254 de 2000, la Ley 1105 de 2006, el Decreto 3202 de 2007 y en lo no previsto, por las normas aplicables a la liquidación forzosa administrativa de entidades financieras entre las que se encuentran el Decreto Ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2211 de 2004, así como el Código de Comercio en lo que sea compatible de acuerdo con la naturaleza de la empresa.

De otra parte, sostuvo que no existió una relación de carácter laboral entre la demandante y la ESE porque no se demostraron los elementos esenciales de ese tipo de relación. Finalmente señaló que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción.

## **CONSIDERACIONES**

### **Cuestión previa**

---

<sup>4</sup> Folios 537 a 542

Corresponde a la Sala pronunciarse frente a la manifestación de impedimento formulada por la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que conoció el proceso de la referencia, cuando hizo parte de la Sala que profirió la sentencia de primera instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Al respecto se evidencia que efectivamente la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez integró la Sala que expidió la sentencia cuya apelación se resuelve en esta providencia, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 160 A del Código Contencioso Administrativo se aceptará el impedimento manifestado y se le declarará separada del conocimiento del presente asunto.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

### **1. Problemas jurídicos**

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, le corresponde a la Subsección decidir, en primer lugar, si se configuró la existencia de una relación laboral entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y la demandante Rosa Victoria Palacios Dorado.

En segundo lugar, la Sala deberá precisar si la demandante tiene derecho a que la entidad accionada le reconozca y pague el valor correspondiente a las prestaciones sociales, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

## **2.- Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad.**

Esta Subsección de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, en el presente caso, esta Sala reitera lo expuesto en la sentencia de 16 de julio de 2009, radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07) y en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral<sup>5</sup>. Por ende se retoman los aspectos desarrollados en los precedentes, en punto del marco conceptual, legal y jurisprudencial de la figura de prestación de servicios frente a las relaciones laborales de carácter legal y reglamentario.

### **El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.**

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función

---

<sup>5</sup> Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16

pública, lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”*

*“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.*

De acuerdo con las citadas normas, el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

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

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

En sentencia C-154-97<sup>6</sup> la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

***“[...] 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”*** (El resaltado es de la Sala).

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

*“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o*

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

*una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.*

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

.- El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que ***“en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”*** (resaltado fuera de texto).

.- La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

***“Art. 19 El Empleo Público.***

*1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

*2. El diseño de cada empleo debe contener:*

*a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

*b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales" (...)”*

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, prevé:

*“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.*

*En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.*

*PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (subrayado fuera de texto).*

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

*“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.*

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

## **De la solución de las controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios**

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.<sup>7</sup>

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado*". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003<sup>8</sup>, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó

---

<sup>7</sup> *Ibídem*.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “*coordinación*”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “*subordinación*”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido ***personal*** y que por dicha labor haya recibido una ***remuneración*** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista ***subordinación*** o dependencia, 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.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la ***permanencia***, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y ***la equidad o similitud***, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia<sup>9</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*“(...) para que una persona natural **desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”.*

### **3.- Caso concreto.**

#### **3.1. Precisión Preliminar.**

Teniendo en cuenta que mediante escrito de 16 de julio de 2009<sup>10</sup> la parte demandante adicionó los hechos de la demanda e informó que mediante sentencia de 29 de mayo de 2009<sup>11</sup>, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la sentencia de 30 de noviembre de 2007 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá y condenó al Instituto del Seguro Social a pagar a la demandante las prestaciones sociales tales como: cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad,

---

<sup>10</sup> Folios 33 a 37.

<sup>11</sup> Folios 44 a 95.

vacaciones, prima de vacaciones e indemnización moratoria a partir del 30 de septiembre de 2003, derivadas de la relación laboral existente con la actora del 30 de noviembre de 1998 al 30 de junio de 2003, resulta necesario precisar que la presente controversia solo se contraerá al estudio de la relación laboral existente entre la demandante y la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento – en liquidación-, a partir del 1 de julio de 2003 y hasta el 30 de septiembre de 2007, pues su relación laboral con el ISS quedó definida mediante sentencia judicial con efectos de cosa juzgada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

### **3.2. Lo probado en el proceso.**

Dentro del expediente se encuentra demostrado que la demandante suscribió con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento los contratos que a continuación se relacionan, entre el 14 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007, cuyo objeto era la prestación de servicios personales de AUXILIAR DE ENFERMERIA (folios 259 a 313):

|                   |                          |                   |
|-------------------|--------------------------|-------------------|
| Contrato 0016-03  | 14 de julio de 2003      | 2 meses           |
| Contrato 105-03   | 16 de septiembre de 2003 | 2 meses + 15 días |
| Contrato 0364-03  | 1 de diciembre de 2003   | 2 meses + 15 días |
| Contrato 2501-04  | 16 de febrero de 2004    | 1 mes             |
| Contrato 3410-04  | 16 de marzo de 2004      | 1 mes + 15 días   |
| Contrato 5637-04  | 30 de abril de 2004      | 2 meses           |
| Contrato 7926-04  | 1 de julio de 2004       | 4 meses           |
| Contrato 11052-04 | 1 de noviembre de 2004   | 2 meses + 15 días |
| Contrato 01261-04 | 1 de febrero de 2005     | 4 meses           |

|                   |                         |                   |
|-------------------|-------------------------|-------------------|
| Contrato 02833-05 | 1 de junio de 2005      | 3 meses           |
| Contrato 06804-05 | 1 de septiembre de 2005 | 1 mes             |
| Contrato 07573-05 | 11 de octubre de 2005   | 3 meses + 20 días |
| Contrato 15563-06 | 11 de octubre de 2006   | 1 mes + 20 días   |
| Contrato 00436-07 | 5 de enero de 2007      | 4 meses           |
| Contrato 03452-07 | 5 de julio de 2007      | 2 meses + 26 días |

Mediante Resolución No. 1812 de 3 de septiembre de 2007, la apoderada especial de la Sociedad Fiduagraría S.A., en calidad de liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, procedió a dar por terminado unilateralmente, a partir del 4 de septiembre de 2007, el contrato de prestación de servicios No. 3452-07 celebrado con la demandante, como consecuencia inmediata de la supresión y liquidación de la entidad (folios 94 a 96 Cuaderno Anexo No. 4)

La demandante en conjunto con algunos trabajadores de la ESE, presentaron reclamación laboral en sede gubernativa, la cual fue resuelta mediante Resolución RCA 0227 de 04 de julio de 2008, a través de la cual la entidad demandada rechazó las reclamaciones laborales presentadas por considerarlas improcedentes en atención al tipo de vinculación contractual, el cual no genera derechos laborales (folios 184 a 195).

El 29 de noviembre de 2007, la demandante solicitó al Gerente de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el pago de las prestaciones sociales derivadas de la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el ISS y los trabajadores para la vigencia 2001-2004 (folio 3).

Al respecto, a través de oficio de 23 de enero de 2008, la apoderada especial de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento dio respuesta a la anterior petición, informando que la reclamación presentada fue extemporánea, toda vez que el plazo para hacerse parte dentro del proceso de liquidación concluyó el 18 de octubre de 2007. Igualmente, expresó la entidad que no es posible emitir un pronunciamiento por parte del Agente Liquidador hasta tanto no se culmine la etapa de calificación de las acreencias presentadas oportunamente (folio 4).

En cuanto a las labores contratadas correspondientes al empleo de Auxiliar de Enfermería, la Sala observa que la entidad demandada en el documento denominado «Justificación contratación prestación de servicios de apoyo a la gestión administrativa de (Auxiliar de Enfermería)»<sup>12</sup> expresó que la ESE no contaba con personal de planta suficiente para ejercer las actividades que le permitiera prestar los servicios de apoyo a la gestión administrativa, con oportunidad y calidad, haciéndose necesaria la contratación de una Auxiliar de Enfermería para el programa VIH/SIDA, para desarrollar, entre otras, las siguientes obligaciones:

- . Atender a los usuarios asignados con los elementos y materiales indispensables para ello.
- . Brindar el cuidado de enfermería a los usuarios asignados de acuerdo con los protocolos de enfermería definidos por el Departamento.
- . Cumplir la asignación definida y establecida por la enfermera del servicio.
- . Cumplir los procedimientos específicos a que deba sujetarse en la prestación de los servicios asignados.
- . Ejercer su profesión dentro del Estado de la Técnica reconocida, con moral y ética.
- . Informar oportunamente a la enfermera los cambios presentados en la evolución de acuerdo con los registros establecidos.
- . Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente.

---

<sup>12</sup> Folio 264.

- . Mantener comunicación efectiva y permanente con el personal de enfermería y demás miembros del equipo de salud.
- . Realizar la preconsulta de acuerdo a los protocolos establecidos cuando se le ubique e consulta externa.
- . Realizar las actividades técnicas asistenciales que le sean delegadas por el Departamento de Enfermería de acuerdo con las necesidades del servicio.
- . Rendir los informes que la ESE exija dentro de los plazos determinados, colaborando con la administración.
- . 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 proceso de facturación y control del costo.
- . Responsabilizarse del inventario que le asigne la ESE para el desarrollo de sus obligaciones.
- . Verificar las historias clínicas de los usuarios programados para la consulta externa cuando se le ubique en esta área.

Por otra parte, dentro del proceso se recaudó la declaración del señor Omar Alejandro Cuevas Meléndez, quien prestó sus servicios a la entidad demandada como médico. En dicha declaración sobre los hechos de la demanda, efectuada el 28 de septiembre de 2010, manifestó el testigo que la actora prestó los servicios como auxiliar de enfermería a la ESE en el Programa de Infección de VIH SIDA, cumpliendo un horario de 8 a.m. a 5 p.m. de lunes a viernes y los sábados de 7 a.m. a 1 p.m., el cual era establecido por la Coordinación del programa y con ellos se diseñaban los horarios para todos los profesionales, quienes cumplían 204 horas mensuales de servicio. Expresó que como se laboraba en el día no había turnos en la noche, que era un programa de tipo ambulatorio por ser un programa de VIH SIDA; también indicó que el horario desarrollado por las auxiliares del programa era de mayor intensidad horaria con respecto a las auxiliares de planta. Sostuvo que la actora seguía las órdenes del coordinador del programa, el cual controlaba los horarios y pasaba memorandos. Manifestó que la actora cumplía las mismas funciones que el personal de planta pero con unas actividades adicionales y específicas relacionadas con el programa de

VIH SIDA y que existían diferencias salariales entre el personal contratado y el de planta siendo mayor el salario del personal de planta (folios 224 a 228).

Asimismo, el señor Miguel Ramón González Martínez, compañero de trabajo de la demandante, en declaración testimonial recibida el 12 de octubre de 2010, manifestó que la demandante laboró al servicio de la ESE mediante contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería, cumpliendo un horario de trabajo al igual que las demás auxiliares de servicios asistenciales de planta, bajo la dirección de la señora Martha Segovia quien era la Jefe de todo el personal de auxiliares y que no recibió el pago de prestaciones sociales (folios 243 a 247).

### **3.2. Solución al caso en concreto**

El 29 de noviembre de 2007, la señora Rosa Victoria Palacios Dorado solicitó al Gerente de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales pactadas en la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y sus trabajadores para la vigencia 2001-2004.

Dicha petición fue resuelta mediante oficio de 23 de enero de 2008 por la entidad demandada, a través del cual negó la solicitud por resultar extemporánea e improcedente hasta tanto se iniciara el proceso de calificación y graduación de las reclamaciones extemporáneas.

Para la Sala es claro que la respuesta anterior no resolvió de fondo la petición formulada el 29 de noviembre de 2007, razón por la cual, habiendo transcurrido desde entonces y hasta

la fecha, un término superior a los tres (3) meses, como lo establecía el artículo 40 del C.C.A, es evidente que se configuró el silencio administrativo negativo respecto a las pretensiones de la demandante.

En este sentido, la Sala ha manifestado que la finalidad del silencio administrativo negativo en sede administrativa, es asegurar la celeridad y eficacia de las actuaciones, sancionando a la administración por su inactividad, al vulnerar el derecho de petición del ciudadano<sup>13</sup>. Su característica esencial es la inactividad de la administración, cuando es obligada a concluir el procedimiento de forma expresa y a notificar la respuesta al interesado dentro de un plazo determinado.

Del acervo probatorio recaudado se considera entonces que la demandante desarrolló funciones como auxiliar de enfermería en la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, durante el lapso comprendido entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007<sup>14</sup>, es decir, por espacio de más de cuatro (4) años, mediante contratos de prestación de servicios para atender la labor en forma permanente, lo que sin lugar a dudas evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales.

Las labores que la señora Rosa Victoria Palacios Dorado desempeñó en los centros de atención ambulatoria de la ESE para el programa de VIH – SIDA, cumpliendo las actividades técnicas asistenciales asignadas de acuerdo con las necesidades del servicio en una jornada laboral de 204 horas mensuales de lunes a sábado, previa programación y turnos agendados, bajo la continua supervisión y control por parte de la entidad, en criterio de la Sala comportan una “subordinación” de la actora a la demandada, pues al desarrollarse en

---

<sup>13</sup>Sección Segunda. Subsección B. C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicación 25000-23-25-000-2010-00769-01(0009-11). Actor: MARIA ELENA JIMENEZ DE CROVO.

<sup>14</sup> La fecha de terminación del contrato 3452-07 es el 30/09/2007 de acuerdo con la Resolución 1812 del 3 de septiembre de 2007.

cumplimiento de órdenes directas de sus superiores, 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. Estas funciones son propias de la entidad de salud y se realizaron hasta el 30 de septiembre de 2007, según Resolución 1812 de 3 de septiembre de 2007, por lo tanto, es posible establecer que no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así la temporalidad y transitoriedad que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.

En punto a la necesidad de la entidad demandada para contratar a la demandante, se consignó en el texto de los contratos de prestación de servicios que el personal de planta era insuficiente para cubrir la necesidades del servicio de salud.

En este orden, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, la Sala logra establecer la existencia de los elementos que caracterizan la relación laboral: (i) la **prestación personal** continua y permanente de los servicios por parte de la actora mediante contratos de prestación de servicios, (ii) las órdenes impartidas por los superiores jerárquicos que supervisaban el desarrollo de las funciones desarrolladas, (iii) el cumplimiento de un **horario de trabajo**, de unos turnos y jornadas de hasta 204 horas mensuales, (iv), el cumplimiento de las **mismas funciones** que los empleados de planta, (v) el pago de una **remuneración** por los servicios prestados, (vi) la existencia de una **subordinación** del actor a la entidad en el cumplimiento de sus funciones y (vii) la **permanencia** de la función desarrollada.

En consideración a lo anterior, para la Sala se encuentra probado que la prestación de los servicios profesionales por parte de la demandante en la entidad demandada, contó con el elemento de subordinación y dependencia, lo cual se desprende de las pruebas testimoniales practicadas en el proceso.

Así, la prueba testimonial da cuenta de la subordinación de la demandante a una jornada de trabajo de 204 horas, es decir, con una intensidad superior a la del personal de planta, y el cumplimiento de turnos previamente asignados, órdenes y directrices impartidas por la entidad, lo que pone en evidencia la ausencia de autonomía e independencia de la demandante en el desarrollo de las actividades contratadas.

En este orden, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el *sub examine*, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante atendió funciones inherentes al servicio público a cargo de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.

Reitera la Sala que la demandante ejerció funciones en igualdad de condiciones a las que desempeñan los servidores de planta de la entidad y que forman parte del “giro ordinario de su objeto” como son los servicios de enfermería, criterios éstos que como lo ha expuesto recientemente la Corte Constitucional, comportan el cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad del acto ficto presunto que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante, como quiera que el Estado no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Frente al argumento del recurso de apelación de la parte actora, relacionado con que se ordene a la entidad demandada que reintegre las sumas debidamente indexadas que la demandante tuvo que cancelar por concepto de aportes a salud y pensiones, y que legalmente le correspondían al empleador, la Sala precisa en primer lugar, que en el presente caso la demandante, en su calidad de contratista, tenía la obligación de afiliarse al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y de hacer los pagos, y de esta manera se estipuló en los contratos de prestación de servicios (folios 260, 275, 285, 292, 295, 304 y 311).

Sobre este aspecto y teniendo en cuenta la tesis planteada por la Sala de Sección en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016<sup>15</sup>, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones), el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Demandante: Lucinda María Cordero Causil. Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En relación con la pretensión de devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social le hubiera correspondido efectuar a la entidad y que fueron sufragados por la demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios relacionados en esta sentencia.

Igualmente, se precisa que el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho la accionante, como lo ha reiterado la Sala, es consecuencia de la nulidad del acto acusado, y se reconoce a título de restablecimiento del derecho; pero ello no conlleva concederle el estatus de empleada pública, ya que tal condición presupone la existencia de (i) un acto administrativo que disponga el nombramiento, (ii) la posesión en el cargo y (iii) la disponibilidad presupuestal.

En este orden de ideas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda, pero se aclara que el **restablecimiento del derecho** comprende desde el 14 (y no el 1) de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones), de acuerdo con lo probado en el proceso<sup>16</sup>. Se adicionará el numeral

---

<sup>16</sup> El contrato 0016-03 celebrado entre la señora Rosa Victoria Palacios Dorado y la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO fue suscrito el 14 de julio de 2003, iniciando su ejecución en la misma fecha (Fl. 260). Y, de acuerdo con la Resolución 1812 de 3 de septiembre de 2007, la fecha de terminación del contrato 3452-07 fue el 30/09/2007.

Tercero de la sentencia para ordenar que la entidad demandada deberá (i) tomar durante el tiempo comprendido entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones), el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; (ii) para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; y (iii) devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos (salvo las interrupciones) suscritos entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007.

Con relación al pago de los beneficios de la convención colectiva es preciso aclarar que no hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y beneficios extralegales conforme a la convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS con sus trabajadores, vigente para los años 2001 a 2004, toda vez que dada la naturaleza de las funciones desarrolladas por la demandante como auxiliar de enfermería, las cuales son inherentes al objeto social de la entidad demandada, no podía predicarse la condición de trabajadora oficial, al tenor de lo previsto en el artículo 16 del Decreto Ley 1750 de 2003, cuyo texto señala.

*“ARTÍCULO 16. CARÁCTER DE LOS SERVIDORES. Para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto serán empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serán trabajadores oficiales.”*

Además, su vinculación mediante los contratos de prestación de servicios, se realizó con una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende le sea aplicada. En punto a los derechos adquiridos en virtud de la convención colectiva de los trabajadores oficiales del ISS que con ocasión de la escisión ordenada mediante el Decreto 1750 de 2003 fueron incorporados automáticamente a las ESE, la Sala ha precisado que «la extensión de los beneficios convencionales a los nuevos empleados públicos, con el fin de proteger los derechos que traían por su antigua condición de trabajadores oficiales, no puede entenderse de manera indefinida y absoluta, pues es claro que, la vigencia de las prerrogativas convencionales estaba limitada por la misma vigencia de la convención»<sup>17</sup>.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995<sup>18</sup> cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.

Frente a los perjuicios morales, estima la Sala que debe confirmarse la decisión que negó el reconocimiento de los mismos toda vez que la demandante no probó su existencia. En cuanto a la indemnización por despido dirá la Sala que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho. Reitera la Sala que la existencia de los contratos de prestación de servicios en virtud de los cuales la demandante desempeñó el cargo de

---

<sup>17</sup> Sentencia de 30 de enero de 2014. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: No. 05001-23-31-000-2008-00309-01. Expediente: No. 0899-2012. Actor: Juan Diego Velásquez Romero. Autoridades Nacionales.

<sup>18</sup> Adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006

auxiliar de enfermería, no le dan el derecho de adquirir la calidad de empleada pública, pues para que ello ocurra se requiere como quedó visto en el acápite “marco normativo y jurisprudencial” la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, situación que, en el presente caso no se cumple. Según lo señalado por esta Corporación, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público”<sup>19</sup>*

Para la Sala no resulta de recibo el argumento expuesto por la entidad demandada según el cual no existía suficiente personal de planta para atender el servicio, pues dicha situación no justifica tener que recurrir indebidamente a la contratación bajo la modalidad de prestación de servicios y que los contratistas deban cumplir idénticas funciones y estén sujetos a los mismos deberes que los servidores públicos. La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se refiere a que dentro de la planta de personal no esté incluido el cargo para el cual se requieren los servicios del contratista, mas no para que las entidades del Estado pretendan burlar el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

En este punto de la providencia, se advierte que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como

---

<sup>19</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

La Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>20</sup> señaló que en los casos en que se declara la nulidad del acto que niega la existencia de una relación legal y reglamentaria, en aplicación del principio de la realidad sobre la formalidad, procede el restablecimiento del derecho por las siguientes razones:

“[...] el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación

---

<sup>20</sup> Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**”, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé”*.

Frente a los motivos de impugnación invocados por **La Previsora S.A.**, es pertinente precisar que la entidad demandada, E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, se encontraba en el proceso liquidatorio que culminó el 6 de noviembre de 2009, fecha en que se suscribió el acta final en la que se consignó que los activos de la ESE se transfieren al patrimonio autónomo administrado por la FIDUPREVISORA S.A. el cual tiene a cargo las acreencias de la entidad demandada; por lo anterior, dicha entidad es la llamada a responder por el pago de las obligaciones que emanan de la presente condena. Destaca la Sala que la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante escrito de 7 de julio de 2000 (folios 127 a 138) compareció al proceso, debidamente representada para contestar la demanda, quedando sin sustento lo manifestado por la apelante en el sentido de que dicha entidad nunca fue vinculada dentro del proceso judicial. De otra parte, y en relación con el oficio 20170080532091 del 05-05-2017, debe decirse que de acuerdo con la CLAUSULA CUARTA del OTROSI No. 12 del 30 de septiembre de 2016 (PRÓRROGA Y MODIFICACIÓN) AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL No. 3-1-0410 (No. 114 de 2008), la Fiduprevisora S.A. queda exonerada del manejo, seguimiento y administración de los procesos vigentes para la fecha de suscripción de ese OTROSI, los cuales se entregan a la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección

Social, “para que continúe con la defensa judicial de los mismos”, **pero se mantienen las demás obligaciones**. De acuerdo con la CLAUSULA PRIMERA del OTROSI No. 1 al contrato de fiducia mercantil No. 114 suscrito entre la sociedad fiduciaria FIDUAGRARIA S.A, actuando en su calidad de liquidador de la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO en Liquidación y la sociedad fiduciaria FIDUPREVISORA S.A., el pago de los PASIVOS CONTINGENTES<sup>21</sup>, con cargo a los recursos transferidos al PAR<sup>22</sup>, le corresponde a la FIDUCIARIA. El objeto del contrato es “la constitución del PAR administrado y representado por la FIDUCIARIA al que se le transfieren los ACTIVOS MONETARIOS y los ACTIVOS NO MONETARIOS destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad y actividades propias del PAR”. De conformidad con la CLAUSULA TERCERA sobre “FINALIDAD Y ACTIVIDADES DEL PAR”, en desarrollo del contrato, la FIDUCIARIA ejecutará las siguientes actividades propias del PAR: 1.- Recibir, administrar, recaudar, custodiar y enajenar los activos del PAR; 2.- Culminar el proceso de venta de los activos del fideicomitente; 3.- Hacer el seguimiento de los procesos judiciales; 4.- Pagar a los acreedores (Dentro de los gastos administrativos contingentes del Fideicomitente se incluyen: “3.4.7. Gastos Judiciales”<sup>23</sup>). El pago de la condena judicial derivada de esta sentencia permanece, en los términos del contrato de Fiducia Mercantil, a cargo de la Fiduciaria.

En este sentido le asiste razón al Tribunal de primera instancia cuando señala que la relación entre la ESE demandada y la Previsora S.A., se circunscribe a un contrato de fiducia, “que tiene por naturaleza la creación de un patrimonio autónomo para la gestión de unos negocios, que en el caso que nos atañe, es la de responder por el pago de las condenas judiciales, sin que en ningún caso la responsabilidad trascienda de este punto, y sin que se vea afectado su propio patrimonio”.

---

<sup>21</sup> “Son obligaciones eventualmente adquiridas por el FIDEICOMITENTE que pueden afectar, remota, eventual o probablemente los recursos transferidos al PAR por corresponder a las obligaciones que son discutidas en sede jurisdiccional [...]”.

<sup>22</sup> “Patrimonio Autónomo de Remanentes –PAR-ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION”.

<sup>23</sup> Folios 443-454

En relación al motivo de censura planteado por la apoderada del **Ministerio de la Protección Social** referido a que no existe fuente legal que imponga al Ministerio asumir los procesos en los que fue parte la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, destaca la Sala que la impugnante carece de interés jurídico toda vez que la condena recayó sobre la Fiduciaria la Previsora S.A como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE y no en contra de dicho Ministerio.

Al respecto, se tiene que el Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 y reglamentado por el Decreto 414 de 2001, sobre el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, consagró expresamente que si terminado el proceso de liquidación sobreviven a éste procesos judiciales o reclamaciones, los mismos serán atendidos por la entidad que, de conformidad con el parágrafo 1o. 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, razón por la cual, los procesos o contingencias pendientes se atenderán con cargo al patrimonio autónomo; en este orden, es claro que el Ministerio de Protección Social carece de legitimación en la causa pasiva.

Por último, como la señora Rosa Victoria Palacios Dorado culminó su relación contractual con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el 30 de septiembre de 2007 (folios 311 a 313) y que su solicitud ante la referida entidad tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se radicó el 29 de noviembre de 2007 (folio 3), estima la Subsección que no hay lugar a declarar prescritas las referidas prestaciones dado que, como quedó visto, su petición en tal sentido se registró dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual, inclusive teniendo en cuenta las interrupciones que se presentaron entre la ejecución de los contratos 07573-05 del 11 de octubre de 2005; 15563-06 del 11 de

octubre de 2006; 00436-07 del 5 de enero de 2007 y 03452-07 del 5 de julio de 2007, periodo de interrupción que si bien en este caso no tiene incidencia en la prescripción extintiva, y tampoco desvirtúa, según lo probado, la vocación de permanencia, sí debe descontarse de la respectiva liquidación porque entre uno y otro contrato transcurrieron más de 15 días<sup>24</sup>.

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

## **FALLA**

**PRIMERO.- ACEPTAR** el impedimento manifestado por la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez y en consecuencia se le separa del conocimiento del presente asunto.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia de 23 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Rosa Victoria Palacios Dorado contra la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, aclarándose que el

---

<sup>24</sup> En sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016 se indicó: “[...] 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”.

El término de interrupción entre uno y otro contrato para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante, se tomará de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 al disponer que “Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles”.

período indemnizatorio comprende desde el 14 (y no el 1) de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones) de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.- ADICIONAR** la sentencia recurrida para ordenar que la entidad demandada deberá: (i) tomar durante el tiempo comprendido entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007 (salvo las interrupciones, según lo probado) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; (ii) para efectos de lo anterior la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra tendrá la carga de cancelar o completar según el caso el porcentaje que le incumbía como trabajadora; y (iii) devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los citados contratos (salvo las interrupciones) suscritos

entre el 14 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2007.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**Con impedimento**