

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Relación laboral / RELACION LABORAL - Elementos que la configuran / PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y LA RELACION LABORAL - Elementos visibles de su existencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Actividad independiente en donde el elemento de la subordinación no existe / SUBORDINACION - Requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación laboral

esta Corporación ha señalado reiteradamente que para que se configure una relación laboral con la administración deben concurrir los elementos previamente relacionados y, en consecuencia, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución. En efecto, en toda prestación de servicios, como por ejemplo el mandato, la prestación de servicios profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el servicio y su remuneración. No obstante, por las características especiales de la relación laboral, la jurisprudencia y en general la doctrina jurídica han buscado establecer el elemento determinante que permita distinguirla de las demás prestaciones de servicios y ha encontrado que no puede ser otro que la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, la cual es definida por la Corte Constitucional. En ese orden de ideas, en esta modalidad contractual se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Prestación personal del servicio / FUNCIONES DE AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES - Previstas en el manual de funciones / SUBORDINACION - Demostrada / DESVIACION DEL PODER – Celebración de sucesivos contrato de prestación de servicios / TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ESTADO - No confiere status de empleado público / CONVENCION COLECTIVA -No puede ser beneficiarios porque las labores desempeñadas corresponden a las de un empleado público

La Sala advierte que en la planta de cargos de la E.S.E, existía el de *“Auxiliar de servicios asistenciales”* cuyas funciones estaban previstas en el manual y de las cuáles se infiere el elemento de la subordinación o dependencia. La propia entidad demandada reconoce que las labores contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios, relacionadas con los servicios asistenciales, son propias del personal de planta que a su juicio era insuficiente. Adicionalmente, se configura una clara desviación de poder, cuando la administración durante años celebra contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una

labor, como ocurrió en este caso. Y, como en el caso de autos se desvirtuó la relación contractual de prestación de servicios que encubría el verdadero vínculo laboral que tenía la actora con la entidad demandada, así ha de reconocerse con todas sus consecuencias indemnizatorias, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con fundamento en el artículo 53 de la Constitución. El contenido normativo del artículo 53 de la Constitución, busca proteger al extremo más débil de la relación de trabajo y garantizar la prevalencia del derecho sustancial, en la medida en que la realidad laboral trasciende la voluntad expresada. Es por esa razón que el proceder de la administración en este caso merece reproche dada la especial garantía y protección que tanto el Constituyente como el Legislador quisieron otorgarles a los trabajadores. Acreditados como están los elementos esenciales de la relación laboral, se le debe reconocer a la señora Ana Etelvina Malaver Garzón a título de reparación del daño-, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben quienes se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios (honorarios), sin que sea posible aplicar la convención colectiva, pues las labores del actor correspondían a las de un empleado público, mientras que el aludido instrumento de negociación únicamente se aplica a los trabajadores oficiales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11)

ACTOR: ANA ETELVINA MALAVER GARZÓN.-

Demandado: LA E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que negó las súplicas de la demanda incoada por Ana Etelvina Malaver Garzón contra la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento en Liquidación¹.

¹ Mediante el Decreto 3202 del 24 de agosto de 2007, se dispuso la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado ESE Luis Carlos Galán Sarmiento creada mediante Decreto-Ley 1750 de 2003, como una entidad pública descentralizada del nivel nacional, de categoría especial adscrita al Ministerio de la Protección Social.

LA DEMANDA

ANA ETELVINA MALAVER GARZÓN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., elevó las siguientes pretensiones:

(a) Principales:

- Declarar la nulidad del acto ficto que negó la solicitud que elevó el 18 de octubre de 2007, tendiente al pago de las prestaciones sociales en los mismos términos que las percibían los funcionarios de planta.
- Que se declare que entre ella y la entidad demandada existió una relación laboral de carácter legal y reglamentario, razón por la cual ostentaba la condición de empleada pública.
- Que se declare que su vinculación inicial era de carácter indefinido -sin fecha previa de retiro-, y que terminó por despido injusto.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Pagarle, conforme a las funciones del cargo que ejercía, las siguientes prestaciones sociales y los derechos que le corresponden en los términos de la convención colectiva del ISS vigente para los años 2001 a 2004:

Concepto.	Monto.
Cesantías. (Artículo 62 de la Convención Colectiva).	\$13.568.589
Intereses de las Cesantías. (Artículo 62 de la Convención Colectiva, doblados conforme lo establece el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 153 de 1975)	\$8.625.314
Vacaciones. (Artículo 48, inciso 2 de la Convención Colectiva)	\$2.789.697
Prima de Vacaciones. (Artículo 49, literal a de la Convención Colectiva)	\$3.129.904
Prima de Servicios. (Artículo 50 de la Convención Colectiva)	\$4.082.484.
Prima Extralegal. (Artículo 50 de la Convención Colectiva)	\$4.082.484.
Prima de Navidad.	\$4.317.018
Horas Extras. (Del 1 de julio de 2003 al 3 de septiembre de 2007)	\$2.142.320
Incrementos de Salario. (no hechos, del 1 de enero de 2004 al 3 de septiembre de 2007)	\$1.685.060
Pólizas que debió comprar para garantizar los contratos	\$1.622.787
Aportes a Salud y Pensión.	\$10.688.536
Retención en la Fuente (Del 1 de julio de 2003 al 3 de septiembre del 2007)	\$5.103.105
Auxilio de Transporte. (Artículo 53 de la Convención Colectiva).	\$1.391.946
Dotaciones.	\$800.000
Indemnización Moratoria.	\$6.123.726.

- *“Que en sede judicial se estime y fije la condena económica que podrá coincidir con el valor final definitivo que se infiere de la estimación razonada de la cuantía, prefiriéndose la primera si fuere mayor”.*
- Que se condene a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento – en liquidación- a pagarle los perjuicios morales,

equivalentes a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

- Que se condene a la Entidad demandada al “*pago total inmediato del restablecimiento del Derecho y a la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora si el pago no se hace efectivo dentro de la oportunidad señalada*”.
- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en la oportunidad prevista en el artículo 176 del C.C.A., cuyo desconocimiento dará lugar a aplicar el inciso final del artículo 177 *ibidem*.

(b) Subsidiarias:

- Declarar la nulidad de los contratos de prestación de servicios (con sus correspondientes adiciones) celebrados por la demandante y la entidad accionada, por haber sido expedidos de manera irregular y con desviación de poder.
- Declarar que la demandante estuvo vinculada a la administración como servidora pública [no contratista], mediante una situación legal y reglamentaria “*con los efectos jurídicos que aluden las pretensiones principales, y en los términos y condiciones que en ellas se consignan*”.

La demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

- Desde el 14 de junio de 1994, se vinculó mediante contratos de prestación de servicios a la Clínica San Pedro Claver en Bogotá, del entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales.

- La vinculación con el ISS tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2003, pues a partir del 1° de julio del mismo año, “*sin solución de continuidad y por sustitución patronal (en virtud del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 que escindió el ISS y creó las ESE)*”, ingresó a la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento hasta el 3 de septiembre de 2007, fecha en que fue despedida injustamente. Al momento de su retiro, percibía una remuneración mensual de \$1.020.621.

- Entre tanto, las funciones que cumplió no diferían de las asignadas a los empleados de planta y a pesar de ello percibía una remuneración inferior. En efecto *i)* desempeñaba sus funciones en los servicios de Consulta Externa, Urgencias y Laboratorio Clínico de la Clínica San Pedro Claver y debía brindar el cuidado de enfermería a los usuarios, cumplir la asignación definida y establecida por el servicio, informar oportunamente a la enfermería los cambios presentados en la evolución de los pacientes, contribuir con el manejo racional de los recursos físicos, registrar oportunamente en forma clara y precisa las actividades realizadas de enfermería, mantener la comunicación efectiva y permanente con el personal de la clínica, realizar las preconsultas de acuerdo con los protocolos establecidos, manejar adecuadamente los elementos indispensables para el desarrollo de sus actividades y en general, cumplir las obligaciones descritas por su jefe inmediato, y, *ii)* tanto ella como los funcionarios de planta se sometían al mismo régimen de trabajo en relación con el reglamento interno, jornada laboral (ella laboraba más horas que los empleados de planta), régimen disciplinario y estaban sujetos a las órdenes que les impartía el señor Juan Carlos Cajiao, Coordinador de la Unidad de Apoyo del Laboratorio Clínico.

- Al tenor de lo dispuesto por el Decreto 1750 de 2003, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las E.S.E. es el mismo de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que para el momento en que se llevó a cabo el proceso de escisión del ISS se encontraba vigente la convención colectiva, la cual es aplicable, toda vez que en dicho instrumento se indicó que beneficiaba a los trabajadores oficiales o a quienes *“sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención según lo dispuesto en los artículos 37, 38 y subsiguientes del Decreto Ley 2351 de 1965.”*.
- La entidad demandada no le canceló los recargos nocturnos, dominicales y horas extras. Tampoco le pagó el auxilio de transporte mensual, no le suministró la dotación a la cual tenía derecho ni efectuó los incrementos salariales que le correspondían desde el año 2002. Adicionalmente, tiene derecho al pago de vacaciones, primas de servicios, primas extralegales, primas de navidad, primas técnicas, intereses a las cesantías, auxilio de transporte, auxilios médicos y demás beneficios convencionales que no le fueron reconocidos.
- De la remuneración que percibía, debía pagar la retención en la fuente, comprar pólizas para garantizar el cumplimiento de los contratos y afiliarse por su propia cuenta al sistema de seguridad social integral.
- En consideración a lo anterior, 18 de octubre de 2007 le solicitó a la entidad accionada el reconocimiento de los mismos salarios y prestaciones que son objeto de la

presente acción, petición que nunca le fue resuelta. De este modo, operó el silencio administrativo negativo.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- De la Constitución Política, los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277.
- De la Ley 4ª de 1990, el artículo 8.
- La Ley 790 de 2002.
- Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 40, 46 y 61.
- Del Decreto 1250 de 1970, los artículos 5 y 71.
- Del Decreto 1950 de 1973, los artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242
- El Decreto 1660 de 1978.
- El Decreto 1333 de 1986.
- La Convención Colectiva de trabajadores del ISS vigente para los años 2001-2004.

Para sustentar el concepto de la violación, la demandante formuló los siguientes cargos:

i) Violación de norma superior.-

Sostuvo que la entidad demandada infringió la norma en la que el acto debía fundarse y que hubo:

- a. Falta de aplicación de una norma obligatoria,** en la medida en que no debió vincularla a través de contratos de prestación de servicios, sino mediante un acto administrativo que permitiera establecer una relación legal y reglamentaria con la administración. Agregó que es manifiesta la intención de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, de no reconocerle sus prestaciones laborales.

b. Aplicación Indevida, pues el acto administrativo demandado se fundó en una norma impertinente, “*esto es, no reguladora de situaciones jurídicas, como la que constituye el antecedente fáctico de la demanda. (...) la forma jurídica de vinculación no era a través de un contrato de prestación de servicios sino el acto-condición del que ha debido porvenir la situación legal y reglamentaria*”.

c. Interpretación Errónea, porque a la norma aplicable [*estatuto de situación legal y reglamentaria*], le dio un sentido que no tiene, lo que equivale a una “*falsa declaración legal*”, en ese sentido afirmó que el servidor público que profirió el acto acusado desconoció las reglas de interpretación legal y la supremacía de la Constitución.

ii) Falsa motivación.-

En la medida en que el acto demandado se sustenta en un supuesto fáctico inexistente relacionado con los contratos de prestación de servicios, los cuales escondían la relación laboral.

Agregó que en el presente caso se configuraron los elementos propios de una relación laboral, a saber:

a). La actividad personal del trabajador: toda vez que prestó sus servicios personalmente en la Clínica San Pedro Claver, dependiente de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento;

b). La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador: porque “*estaba permanentemente a*

órdenes de JUAN CARLOS CAJIAO, Coordinador de la Unidad de Apoyo del Laboratorio Clínico de la Clínica San Pedro Claver de quien recibía llamados de atención, y órdenes verbales y escritas, le establecían el horario de trabajo en las mismas condiciones de los funcionarios de planta” y, además, cumplió sus labores en las instalaciones de la mencionada Clínica;

c). El Salario como retribución del servicio: en tanto mensualmente percibía una suma de dinero como retribución a sus servicios.

Bajo este contexto, en consonancia con el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, manifestó que tiene derecho al reconocimiento de su *status* de empleado público y, en consecuencia, al pago de todos los beneficios laborales inherentes a esa condición.

Ingresó al ISS el 14 de junio de 1994, momento en el cual se le manifestó verbalmente que sería vinculada por medio de un *contrato integral*. Durante el tiempo en que prestó sus servicios al referido Instituto se dieron todos los elementos que caracterizan la vinculación de un trabajador oficial, pero luego, en virtud de la escisión llevada a cabo el 26 de junio de 2003, se convirtió en un empleado público de hecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado *Luis Carlos Galán Sarmiento* –en liquidación-, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, mediante escrito² en el que se opuso a las pretensiones formuladas por la accionante.

² Visible a folios 46 a 79 del cuaderno principal del expediente.

En lo que tiene que ver con las pretensiones principales manifestó que la demandante *“pretende hacer que surjan a la vida jurídica obligaciones laborales inexistentes”*. Agregó que la señora Malaver Garzón celebró un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993 por lo que no puede trasladar presuntas obligaciones laborales a cargo de una Entidad diferente, originadas en un contrato estatal.

Respecto de las pretensiones subsidiarias, sostuvo que no puede prosperar porque corresponden a las propias de una acción de controversias contractuales y no a una de nulidad y restablecimiento del derecho. En ese orden solicitó negarlas, por resultar ajenas a la naturaleza del proceso.

De otro lado, se refirió a la naturaleza jurídica de la entidad, a su régimen liquidatorio y, a las normas que regulan las relaciones laborales de sus servidores públicos. Explicó que el contrato de prestación de servicios es un contrato autónomo, previsto en la Ley, que cuenta con características y elementos propios y especiales que lo diferencian de otras modalidades contractuales incluida la laboral.

Agregó que contrató a la señora Ana Etelvina Malaver García porque en su planta de personal no contaba con suficiente recurso humano especialmente habilitado para la prestación de los servicios especializados y porque contaba con las capacidades, cualidades y calidades necesarias para cumplir el objeto contractual. Señaló que la demandante tenía pleno conocimiento del contrato que estaba celebrando y por ello, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, aceptó el acuerdo contenido en el cuerpo de los documentos contractuales. Reiteró que como la vinculación a través del contrato de prestación de servicios no constituye relación laboral, por lo que no es posible pagar las prestaciones sociales reclamadas.

Señaló que al promover la presente acción judicial, la parte actora revela su mala fe pues pretende “*darle connotaciones diferentes a los contratos de prestación de servicios después de ejecutados, reclamando el pago de prestaciones adicionales a los honorarios acordados y cancelados, prestaciones a las cuales de ninguna manera tiene derecho, pues la realidad es que en todo momento actuó como contratista independiente , con tal autonomía para cumplir el objeto contratado*”.

Finalmente propuso como excepciones las siguientes:

- i) **Pago.** Porque le canceló a la demandante la totalidad de los honorarios pactados.
- ii) **Inexistencia del derecho y de la obligación.** Toda vez que el contrato celebrado con la señora Ana Etelvina Malaver Garzón, no comporta la existencia de una relación laboral y en efecto ésta nunca se configuró.
- iii) **Ausencia del Vínculo de Carácter laboral.** Pues la accionante se desempeñó como contratista independiente, no suscribió contrato de trabajo y tampoco hubo acto administrativo de nombramiento ni de posesión.
- iv) **Falta de legitimación en la causa por pasiva.** Porque la E.S.E. *Luis Carlos Galán Sarmiento*, nunca suscribió convención colectiva alguna, entre otras razones por la imposibilidad jurídica de firmar convenciones de trabajo con empleados públicos. Manifestó que las presuntas obligaciones convencionales fueron contraídas durante el vínculo

contractual existente con anterioridad al 26 de junio de 2003 entre el accionante y el ISS.

- v) **Imposibilidad de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento – en liquidación- para celebrar convenciones colectivas de trabajo.** Indicó que carece de la facultad legal para celebrar acuerdos colectivos de manera que no le es dable a la demandante pretender el pago de prestaciones originadas en una Convención Colectiva que se celebró antes de que la E.S.E existiera.

- vi) **Cobro de lo no debido.** Porque la señora Malaver Garzón, en su calidad de contratista independiente, se afilió y aportó para el sistema de seguridad social en pensiones y en salud y mal puede pretender que la Entidad –que no fue su empleador- efectúe los mismos aportes.

- vii) **Prescripción.** Respecto de cualquier derecho que se hubiese causado a favor de la demandante y que esté cobijado por este fenómeno.

- viii) **Caducidad de la acción.** En la medida en que la acción no se interpuso dentro del término previsto en el artículo 136 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, habida cuenta de que los contratos de prestación de servicios son autónomos y diferentes entre si.

- ix) **Presunción de legalidad.** Toda vez que el acto administrativo que profirió, se encuentra amparado de presunción de legalidad, que solo puede ser

desvirtuada al demostrar alguna de las causales de nulidad.

- x) **Carencia de Justificación del derecho.** Porque obró con sujeción a las normas jurídicas vigentes, de conformidad con los lineamientos dados por el Ministerio de la Protección Social mediante las Circulares 0019 de 4 de marzo y 0052 de 16 de julio de 2004 y por el Viceministro de Salud y Bienestar a través de la Comunicación del 22 de diciembre de 2002.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del 10 de junio de 2010³, resolvió: **i)** declarar la existencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por la demandante el 18 de octubre de 2007, **ii)** declarar no probadas las excepciones formuladas por la entidad demandada, **iii)** negar las demás pretensiones principales de la demanda y, **iv)** inhibirse de resolver las pretensiones subsidiarias.

Para sustentar su decisión, el *a-quo* se pronunció sobre las excepciones planteadas en la contestación de la demanda y concluyó que las mismas no pueden prosperar.

Al abordar el fondo del asunto, se refirió a la normatividad aplicable al caso concreto y a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con la configuración de una relación laboral tras la figura del contrato de prestación de servicios.

³ La sentencia obra a folios 328 a 349 del cuaderno principal del expediente.

Precisó que si bien la demandante logró acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración, no demostró el elemento de la subordinación o dependencia y, en consecuencia, no es posible declarar la existencia de una relación laboral. Antes bien, dijo que el material probatorio que obra en el expediente da cuenta de que entre ella y la entidad demandada existió una actividad coordinada [no subordinada] basada en las cláusulas contractuales pactadas.

Sostuvo:

“(...) la demandante no logró probar la supuesta subordinación en la que se encontraba frente a la entidad demandada, pues la única prueba que así lo corrobora es el testimonio de la señora Yansy Victoria Peña Valoyes, el cual es desvirtuado por al (sic) entidad demanda con el informe que rindió en el oficio visto a folio 252 del cuaderno 1, el que (sic) señaló que la demandante no ejecutaba el objeto contractual mediante agendas laborales, sino que lo hacía de acuerdo con la oferta realizada por ella misma y el ajuste al servicio asignado”.

Explicó que si bien es cierto que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, prevé que el contrato de prestación de servicios solo puede celebrarse cuando se requiera realizar una actividad de la administración que no pueda ser desempeñada por el personal de planta o cuando se requieran conocimientos especializados; también lo es que el Consejo de Estado ha dicho que puede darse la posibilidad de contratar personas ajenas a la entidad cuando el personal de la misma no alcance a colmar la aspiración del servicio público, caso en el cual puede darse la posibilidad de que el personal contratado ejerza la misma actividad que los empleados de planta⁴.

Dijo que tal situación es la que se presenta en el *sub-judice*, pues *“al comparar las propuestas de prestación del servicio presentadas por la*

⁴ Al efecto, citó la sentencia de 18 de noviembre de 2003, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro del expediente N° IJ 0039. Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.

demandante, las obligaciones consagradas en los contratos celebrados y en el manual de funciones y los requisitos para los auxiliares de servicios asistenciales (...) se ve claramente que existe una similitud entre las funciones desempeñadas por el personal de planta y la contratista Ana Etelvina Malaver Garzón”.

En lo que tiene que ver con las pretensiones subsidiarias, afirmó que la Sección Segunda no es la competente, porque se trata de un tema asignado a la Sección Tercera, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2288 de 1988 que le asigna la función de conocer los actos relativos a los contratos y a los actos separables de los mismos.

En ese sentido, agregó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es la adecuada para pedir la nulidad de los contratos estatales, pues al tenor del artículo 87 del C.C.A., esas controversias deben ventilarse mediante la acción contractual.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *A quo*, mediante escrito que sustentó dentro de la oportunidad concedida para el efecto.⁵

Como argumentos de la impugnación, sostuvo que *“es injusto discriminar la tutela de los trabajadores y desarticular el derecho regulador del trabajo mediante la abstracción en la naturaleza del patrono, para confluir en trabajadores protegidos laboralmente y trabajadores en posición de súbditos sometidos al derecho laboral administrativo o de los privilegios del Estado”.*

Dijo además que **i)** no hay motivo alguno para desconocer la utilidad del derecho del trabajo cuando el patrono es el Estado, **ii)** que la

⁵ Folios 350, 359 a 376 del C.C.A.

consecución de los fines de éste no puede servir de excusa para despojar a los trabajadores de sus derechos y, *iii*) que en este caso está demostrada la existencia de la relación de trabajo entre otras cosas porque desempeñaba las mismas funciones que cumplían los auxiliares de enfermería de planta.

Se refirió a las pruebas decretadas dentro del proceso y manifestó que si bien la entidad demandada allegó en copias simples algunos de los documentos que le fueron solicitados; no aportó las copias de las *agendas [cuadros de turnos]* pues se limitó a afirmar que “*la señora Ana Etelvina Malaver no adelantaba el objeto contractual mediante agendas laborales*”. Sostuvo que en todo caso ella sí allegó la prueba de las referidas agendas, las cuales no fueron tachadas de falsas.

Frente a la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de Instancia, sostuvo que:

- i)** Los documentos que aportó el 28 de octubre de 2009, -dentro del periodo probatorio-, demuestran que si existían agendas laborales, a pesar de que la entidad demandada afirma lo contrario y aduce que los referidos documentos fueron aportados por fuera de los términos procesales.
- ii)** No obstante que la E.S.E. *Luis Carlos Galán Sarmiento* aportó unos documentos en copia simple, estos si fueron valorados.
- iii)** El oficio que tomó en cuenta el Tribunal para desvirtuar la existencia de un horario de trabajo establecido por la entidad accionada, fue aportado por ésta el 6 de noviembre de 2009, es decir, 9 días después de que ella había allegado las “*agendas*” que a juicio del *a-quo* fueron extemporáneas.

- iv)** La demandada no tachó los documentos que aportó el 28 de octubre de 2009, entre ellos, las agendas de trabajo.
- v)** Por lo anterior, la afirmación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, que aparece a folio 501 (y que citó el *a-quo*), ameritaba una sanción por parte del Tribunal conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 1285 de 2009. No obstante, el fallador se abstuvo de acceder a las súplicas de la demanda.
- vi)** Las mencionadas agendas de trabajo, acreditaban la subordinación y, de este modo, demostró la existencia de la relación de trabajo.
- vii)** Agregó que el testimonio de la señora Yansy Victoria Peña Valoyes que no fue debidamente analizado por el Tribunal, da cuenta de la existencia de los elementos propios de un vínculo laboral, pues corrobora la existencia de agendas de trabajo (cuadros de turnos).

Por otra parte, afirmó que en el *sub-lite* se acreditó la posición dominante e impositiva de la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento* respecto de la forma de contratación, así como la imposibilidad en la que ella se encontraba para discutir las condiciones y requisitos impuestos para cada uno de los contratos.

Agregó que el operador jurídico debe tener en cuenta el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, el cual debe ser aplicado en este caso para declarar la existencia de la relación laboral.

Finalmente se refirió a las disposiciones de la Convención Colectiva y a las que regulan las prestaciones a las cuales dice tener derecho, así como a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia. Por último, frente a las pretensiones subsidiarias, dijo que aunque no comparte los argumentos de la Magistrada que salvó el voto, ella ha debido pronunciarse sobre esas pretensiones.

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

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que se ocupará la Sala consiste en establecer si entre la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento* y la demandante existió un vínculo laboral y, en consecuencia, si la última tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones que dejó de percibir con ocasión de ese vínculo.

A efectos de resolver la cuestión planteada la Sala se referirá a los elementos que configuran la relación laboral y luego, previo análisis del material probatorio, determinará si los mismos se demostraron en el *sub-lite*.

1. De los elementos que configuran la relación laboral.

Para que exista un contrato de trabajo se requieren tres elementos esenciales que son:

- a.** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

Reunidos esos elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen⁶.

De otro lado, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el **contrato de prestación de servicios** en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable⁷.”.

A su turno, esta Corporación ha señalado reiteradamente que para que se configure una relación laboral con la administración deben concurrir los elementos previamente relacionados y, en

⁶ Ver artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se especifican los elementos de la relación laboral.

⁷ Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

consecuencia, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución⁸.

En efecto, en toda prestación de servicios, como por ejemplo el mandato, la prestación de servicios profesionales y la relación laboral, existen dos elementos visibles: el servicio y su remuneración. No obstante, por las características especiales de la relación laboral, la jurisprudencia y en general la doctrina jurídica han buscado establecer el elemento determinante que permita distinguirla de las demás prestaciones de servicios y ha encontrado que no puede ser otro que la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, la cual es definida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de marzo de 2010. Expediente N° 0817-2009. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

*organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”.*⁹

Ahora bien, sobre el contrato de prestación de servicios esa Corporación en sentencia C - 154 de 1.997¹⁰, consideró:

“b. La autonomía e independencia del contratista [de prestación de servicios] desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

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

En ese orden de ideas, en esta modalidad contractual se desarrolla una **actividad independiente** que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleada pública, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

⁹ Sentencia C-386 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara

“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.”¹¹

De otro lado, en los casos en los cuales se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir. Así lo ha considerado esta Corporación:

“(...) El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, *pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.*

(...)

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el

¹¹ Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

*mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación (...)*¹². (Las negrillas y subrayas, son de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

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

Así las cosas, procede la Sala a determinar si en el *sub-lite* se configura o no una relación laboral con fundamento en lo probado en el caso de autos.

2. El caso concreto.

A juicio del Tribunal de instancia, en el caso concreto no se lograron acreditar los elementos que configuran la relación laboral, particularmente el de la subordinación o dependencia. Distinta es la opinión de la demandante, quien en el recurso de apelación afirma

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No.3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi. , M.P Bertha Lucía Ramírez de Páez

que del material probatorio recaudado, se desprende claramente que su vinculación con la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento* no fue contractual (de prestación de servicios) sino de índole laboral, porque su actividad fue personal, remunerada y subordinada. Dijo que las pruebas que obran en el proceso acreditan el elemento de la dependencia, pues se demostró que ejercía las mismas funciones desempeñadas por los auxiliares de enfermería de planta, debía obedecer órdenes de sus superiores y, además, estaba sujeta a unas agendas laborales (o cuadros de turnos), las cuales aportó dentro del término probatorio.

Para determinar si le asiste razón a la parte actora, procede la Sala a analizar las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso como pasa a exponerse:

- Desde el 14 de junio de 1994, el Instituto de los Seguros Sociales y, luego de su escisión la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento*, contrató los servicios de la señora Ana Etelvina Malaver Garzón para que se desempeñara como Ayudante de Servicios Asistenciales y auxiliar de enfermería.

En efecto, obran en el expediente copias de varios contratos de prestación de servicios que demuestran que la demandante estuvo vinculada a la Entidad demandada durante los años 1994 a 2007 así:

No de Contrato.	Plazo de ejecución	Objeto y Valor del Contrato	Visible a folios
Contrato N° 0109, Suscrito con el ISS.	Del 14 de junio al 14 de diciembre de 1995 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver . Valor Total: \$1.452.000 (\$242.000 mensuales).	13 y 14 C.3.
Contrato N° 0610, Suscrito con el ISS.	Del 14 de diciembre de 1994 al 14 de junio de 1995 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver . Valor Total : \$1.452.000 (\$242.000 mensuales). A partir de 1 de junio de 1005 el contrato se adicionó en la suma de \$19.071.	19, 20 y 28 C.3.

Contrato N° 1296, Suscrito con el ISS.	Del 22 de junio de 1995 a 22 de diciembre de 1995 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$1.716.000 (286.000 mensuales). Este contrato, se terminó por mutuo acuerdo de las partes, a partir del 16 de diciembre de 1995.	32, 33 y 37 C. 3.
Contrato N° 2155, Suscrito con el ISS.	Del 16 de diciembre de 1995 al 30 de marzo de 2006.	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$1.001.000 (286.000 mensuales).	45 C.3.
Contrato N° 2950, Suscrito con el ISS.	Del 1 de abril al 1 de octubre de 1996 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$1.716.000 (286.000 mensuales).El valor del contrato fue adicionado en la suma de \$317.460.	47 y 48 C.3.
Contrato N° 3921 Suscrito con el ISS.	Del 7 de octubre de 1996 al 7 de abril de 1997 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$2.033.460 (338.919 mensuales)	59 a 61 C.3.
Contrato N° 557 Suscrito con el ISS.	Del 10 de abril al 30 de septiembre de 1997.	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales, con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$2.415.000 (414.000 mensuales)	71 a 73 C.3.
Contrato N° 1277 Suscrito con el ISS.	Del 1 de octubre de 1997 al 31 de marzo de 1998.	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales (Camillero) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$2.497.800 (414.000 mensuales)	86 a 88. C.3.
Contrato N° 387 Suscrito con el ISS.	Del 1 de abril al 30 de junio de 1998.	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales (Camillero) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$1.452.000 (484.000 mensuales)	107 a 109 C.3.
Contrato N° 797 Suscrito con el ISS.	Del 16 de junio al 16 de diciembre de 1998 (6 meses).	Objeto: Prestar los servicios como Ayudante de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 4.782.000 (\$797.000 mensuales)	118 a 120 C.3.
Contrato N° 2023 Suscrito con el ISS.	Del 28 de diciembre de 1998 al 31 de marzo de 1999.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 4.470.000 (\$797.000 mensuales)	124 a 126 C.3.
Contrato N° 304 Suscrito con el ISS.	Del 1 de abril al 30 de septiembre de 1999.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 4.782.000 (\$797.000 mensuales)	138 a 141 C.3.
Contrato N° 1193 Suscrito con el ISS.	Del 1 de octubre de 1999 al 31 de enero de 2000.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 3.668.000 (\$917.000 mensuales)	158 y 159 C.3.
Contrato N° 167 Suscrito con el ISS.	Del 1 de febrero al 31 de mayo de 2000.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 3.668.000 (\$917.000 mensuales).	184 a 186 C.3.
Contrato N° 903 Suscrito con el ISS.	Del 1 de junio al 30 de septiembre de 2000.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 3.668.000 (\$917.000 mensuales).	207 y 208 C.3.
Contrato N° 1604	Del 2 de octubre al 20 de	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con	223 a

Suscrito con el ISS.	diciembre de 2000.	oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$ 2.445.333 (\$917.000 mensuales). El valor del contrato se adicionó en la suma de \$1.192.100.	225 y 233 C.3.
Contrato N° 0288 Suscrito con el ISS.	Del 1 de febrero de 2001 al 31 de mayo de 2001.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$3.668.000 (\$917.000 mensuales).	242 a 246 C.3.
Contrato N° 1199 Suscrito con el ISS.	Del 1 de junio al 30 de septiembre de 2001.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$3.668.000 (\$917.000 mensuales).	262 a 264 C.3.
Contrato N° 2085 Suscrito con el ISS.	Del 4 al 31 de octubre de 2001.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$855.867.	283 a 285 C.3..
Contrato N° 3765 Suscrito con el ISS.	Del 2 al 30 de noviembre 2001.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$885.433. El valor del contrato se adicionó en \$427.933.	299 a 303 C.3.
Contrato N° 4649 Suscrito con el ISS.	Del 15 de diciembre de 2001 al 28 de febrero de 2002.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$2.323.067. El valor del contrato se adicionó en la suma de \$110.040.	308 a 314 C.3.
Contrato N° 406 Suscrito con el ISS.	Del 1 de marzo al 30 de noviembre de 2002. El plazo del contrato se adicionó hasta el 15 de abril de 2003.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales (Enfermería Clínica) con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$8.748.180 (\$972.000 mensuales). El valor total del contrato se adicionó y quedó en la suma de \$13.122.270.	321 a 323 y 332 C.3.
Contrato N° VA 002115 Suscrito con el ISS.	Del 16 de abril al 30 de junio de 2003.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$2.430.050.	349 a 351 C.3.
Contrato N° VA 015266 Suscrito con el ISS.	Del 1 de julio al 30 de noviembre de 2003.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería con oportunidad, eficiencia y eficacia en la Clínica San Pedro Claver. Valor total: \$4.860.100	2 y 3 C.2.
Contrato N° 1127-04 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 16 de febrero al 16 de marzo de 2004.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería en la Unidad Hospitalaria San Pedro Claver. Valor total: \$972.020	11 y 12 C.2.
Contrato N° 4658-04 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 16 de marzo al 30 de abril de 2004.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería en la Unidad Hospitalaria San Pedro Claver. Valor total: \$1.458.030	13 y 14 C.2.
Contrato N° 6873-04 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 30 de abril al 30 de junio de 2004.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería en la Unidad Hospitalaria San Pedro Claver. Valor total: \$1.944.040.	15 y 16 C.2.
Contrato N° 9257-04 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de julio al 1 de noviembre de 2004.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de de enfermería en la E.S.E. Valor total: \$ 3.888.080	17 Y 18 C.2.
Contrato N° 10128-04 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de noviembre de 2004 al 30 de enero de 2005 (el contrato se adicionó en su plazo)	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de enfermería en la E.S.E. Valor total: \$ 2.916.060	25 a 27 y 32 del C.2.
Contrato N° 837-05 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de febrero al 1 de junio de 2005.	Objeto: Prestar los servicios como Auxiliar de Servicios Asistenciales, enfermería Clínica en la E.S.E. Valor total: \$ 3.888.080	33 a 35 del C.2.

Contrato N° 4320 - 05 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de junio al 1 de septiembre de 2005.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar Enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$ 2.916.060.	36 a 38 del C.2.
Contrato N° 10963 -06 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento. (Adicionado posteriormente)	Del 1 de febrero al 1 de junio de 2006.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar de Enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$ 4.082.484.	49 a 51 y 61 del C.2.
Contrato N° 13827-06 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de junio al 1 de septiembre de 2006.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar de, enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$ 3.061.863	64 a 66 C.2.
Contrato N° 15973-06 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 11 de octubre al 1 diciembre de 2006.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar de, enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$ 1.701.035.	79 a 81 del C.2.
Contrato N° 18807-06 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 1 de diciembre de 2006 al 5 de enero de 2007.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar de, enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$1.156.704.	106 a 108 del C.2.
Contrato N° 01693-07 Suscrito con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.	Del 5 de enero de 2007 al 5 de mayo de 2007.	<u>Objeto:</u> Prestar los servicios como Auxiliar de, enfermería en la E.S.E. <u>Valor total:</u> \$4.082.484.	123 a 125 del C.2.

- Mediante Resolución N° 0351 de 2007, la E.S.E. *Luis Carlos Galán Sarmiento*, resolvió terminar unilateralmente el contrato de prestación de servicios N° 4359-07, celebrado con María Etelvina Malaver Garzón a partir del día 4 de septiembre de 2007, porque *“no continuará desarrollando su objeto social de Prestación de los Servicios de Salud”*¹³.
- Como remuneración a los servicios que prestó la actora, la entidad demandada le pagó los honorarios pactados. Así consta en los comprobantes de pago que obran a folios 86 y siguientes del cuaderno N° 1.
- El Gerente de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, Hizo constar 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 Profesionales, Apoyo Administrativo y Asistencial para la Empresa.*

¹³ Folio 168 a 170 del cuaderno N° 2.

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y Decretos Reglamentarios, es procedente la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios Personales”¹⁴.

- Mediante Oficio de 11 de diciembre de 2006, la señora Ana Etelvina Malaver Garzón, le presentó al Director de la Clínica San Pedro Claver de la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento*, el informe de las actividades que llevó a cabo en desarrollo de uno de los contratos que celebró con la entidad. Al efecto manifestó que le correspondía, entre otras cosas:

- ✓ Orientar y realizar su trabajo con alto sentido de pertenencia y compromiso con la institución.
- ✓ Recibir y entregar el turno al equipo de enfermería correspondiente.
- ✓ Revisar la historia clínica de cada usuario con el fin de ejecutar las actividades pendientes.
- ✓ Realizar la toma de signos vitales.
- ✓ Asistir al usuario en la alimentación según sus requerimientos.
- ✓ Asistir al usuario en la Eliminación según sus requerimientos.
- ✓ Asistir al usuario durante el aseo personal.
- ✓ Arreglar la unidad, proporcionando comodidad y confort al usuario.
- ✓ Proporcionar atención y cuidados generales al usuario, según prioridades y asignación.
- ✓ Realizar el control de líquidos Administrados y eliminados **según orden médica y/o enfermera.**
- ✓ Vigilar y controlar directamente al usuario detectando cambios e informándolos oportunamente.
- ✓ Utilizar una comunicación efectiva y oportuna con el equipo de salud a cargo del paciente.
- ✓ Diligenciar los registros propios de enfermería de acuerdo a la norma establecida.

¹⁴ Folio 55 del cuaderno N° 2..

✓ **Ejecutar las actividades que le encomienda la enfermera¹⁵.**

- En el Manual de Funciones y Requisitos de la *ES.E. Luis Carlos Galán Sarmiento*, aparece consignado que al Cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales (Código 4056, Grado 20-21), del nivel jerárquico asistencial le corresponden las siguientes funciones:

- ✓ Brindar el cuidado de auxiliar de servicios asistenciales a los usuarios asignados, de acuerdo con los protocolos de área de servicio en salud.
- ✓ Atender a los usuarios asignados con los elementos y materiales indispensables.
- ✓ **Informar oportunamente a la enfermera los cambios presentados en la evolución del paciente, de acuerdo con los registros establecidos.**
- ✓ Contribuir al manejo racional de los recursos físicos y materiales del servicio.
- ✓ Orientar y educar al afiliado y/o beneficiarios en el área de consulta externa, **cuando se le ubique en esta área.**
- ✓ Trasladar las historias clínicas de los usuarios programados para la consulta externa, hospitalización y urgencia hacia áreas o dependencias que las requieran.
- ✓ Asistir a las obligaciones educativas programadas.
- ✓ Propender por la seguridad y calidad de la atención brindada a los usuarios bajo su cuidado.
- ✓ Participar en la educación a los usuarios en prevención y mantenimiento de la salud.
- ✓ Preparar el ambiente del consultorio odontológico.
- ✓ Preparar y esterilizar el instrumental, equipo y materiales respectivos y facilitar el instrumental al odontólogo.
- ✓ Revelar radiografías.

¹⁵ Folios 103 y 119 del cuaderno N° 2.

- ✓ Realizar toma de muestras, separarlas y distribuirlas para las diferentes secciones del laboratorio.
- ✓ Recibir y recolectar las muestras que se van a analizar de acuerdo a los exámenes solicitados así como preparar el material necesario para la realización de los trabajos de laboratorio y montar pruebas requeridas.
- ✓ Preparar medio de contraste para prácticas y pruebas específicas.
- ✓ Participar en el proceso de estudios radiográficos.
- ✓ Revelar películas y vaciar los líquidos necesarios para el procesamiento de placas radiográficas.
- ✓ Prestar ayuda en la ejecución de actividades de rehabilitación a pacientes que se encuentren en tratamiento.
- ✓ Participar en la recepción de **medicamentos de acuerdo a las indicaciones del Químico Farmacéutico.**
- ✓ Realizar apoyo en las farmacias.
- ✓ Generar informes de rotación de inventarios y de consulta de medicamentos.
- ✓ Participar en el manejo y aplicación de los aparatos utilizados en las terapias de medicina física y rehabilitación de acuerdo a la prescripción médica.
- ✓ Recepcionar Y entregar cadáveres, de acuerdo con los documentos establecidos y los protocolos definidos.
- ✓ Archivar láminas y bloques de parafina.
- ✓ Realizar autopsias.
- ✓ **Rendir los informes dentro de los plazos determinados.**
- ✓ **Realizar acciones de enfermería de baja y mediana complejidad asignadas según las normas y plan de acción de enfermería de la empresa.**
- ✓ Informar oportunamente al profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes.

✓ Las demás que le sean asignadas de conformidad con la naturaleza de la dependencia¹⁶.

- La señora **Yansy Victoria Peña Valoyes**, rindió testimonio ante el Tribunal de instancia, el 28 de agosto de 2009¹⁷. En esa oportunidad afirmó que conoce a la señora Ana Etelvina Malaver Garzón, desde hace 15 años y que son amigas. Sostuvo que la demandante trabajó para la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento* desde que el ISS se escindió y que, en su criterio, este proceso se inició porque ella no tenía ningún tipo de prestaciones y la obligaban a cumplir un horario.

En relación con los cargos que desempeñó las señora Malaver Garzón, sostuvo que *“cuando yo la conocí, aproximadamente en el 96, ella desempeñaba el cargo de camillero, después ella estudió auxiliar de enfermería y en la Clínica San Pedro Claver desempeñó este cargo y en E.S.E. También fue auxiliar de enfermería. Como auxiliar de enfermería trabajó en consulta externa en los consultorios de ortopedia, estuvo en urgencias, exactamente no se cuales (sic) eran las funciones, pero veía que hacía curaciones, retiraba puntos, yesos, llamaba a los pacientes a la consulta, estuvo en el laboratorio, tomando muestras y en la E.S.E. hacía lo mismo. En ocasiones por necesidades del servicio la colocaban a dar citas en la central de citas”*.

Al preguntársele si a la actora se le imponía el cumplimiento de un horario, sostuvo:

“Si. Yo trabajé con la jefe de ella que también era jefe mía, Elizabeth García, había otra jefe que era Rocío Ballesteros ellas hacían unas planillas y allí estaba el horario que debía cumplir, si era de noche o de día, esas planillas se ponían en una cartelera y las personas iban a ver el turno que les correspondía y cuando tenían su día de descanso y el servicio que les correspondía”

¹⁶ Folio 172 del cuaderno N°2.

¹⁷ Folios 236 y 237 del cuaderno principal.

Frente a las condiciones laborales de la señora Ana Etelvina Malaver Garzón, cuando se desempeñó como Auxiliar de Servicios Asistenciales, contestó:

“(...)Había una Jefe que las coordinaba, como tuvo varias no te puedo decir un nombre. Existía una jefe que coordinaba a las Auxiliares de Consulta Externa y pues ellas les indicaba que tenían que hacer. Quiero decir que una vez que tu conoces tu consultorio ya sabes que hacer, llamasr pacientes, tomarles tensión y peso, pasarles las historia clínica al médico, curaciones”.

Agregó que mediante permiso podía cambiar el turno o solicitar permiso a la Jefe inmediata.

Ahora bien. De la valoración conjunta del acervo probatorio reseñado hasta aquí, la Sala concluye que en este caso si existió una relación laboral pues están acreditados suficientemente los elementos que la constituyen, particularmente el de la subordinación o dependencia.

En efecto, la prueba documental recaudada da cuenta de que la demandante se vinculó al ISS el 14 de junio de 1994, y ante la escisión de esa entidad, continuó laborando en la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento desempeñándose primero como auxiliar de servicios asistenciales (camillera) y posteriormente como auxiliar de servicios asistenciales (enfermería clínica). Tales actividades implican la prestación personal del servicio y de la naturaleza de sus funciones –que están debidamente acreditadas dentro del plenario- se desprende el elemento de la subordinación, porque las mismas debían realizarse en coordinación con el personal médico y con las enfermeras e implicaban dependencia.

Adicionalmente, en este caso se acreditó que la señora Malaver Garzón estaba sujeta a las directrices impartidas por la Jefe de enfermeras, que debía cumplir sus tareas en las jornadas previstas

en las planillas de turnos como lo acreditó la testigo y que, como retribución a sus servicios la demandada le pagó unos honorarios.

De otro lado, la Sala advierte que en la planta de cargos de la E.S.E, existía el de “*Auxiliar de servicios asistenciales*” cuyas funciones estaban previstas en el manual y de las cuáles se infiere el elemento de la subordinación o dependencia. La propia entidad demandada reconoce que las labores contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios, relacionadas con los servicios asistenciales, son propias del personal de planta que a su juicio era insuficiente.

De este modo, la Sala no comparte la valoración probatoria que efectuó el *a-quo*, quien afirmó que no se demostró el elemento de la subordinación, porque la declaración de la testigo y los documentos que aluden a las funciones del cargo de “*auxiliar de servicios asistenciales*”, los cuales no fueron tachados de falsos, demuestran la dependencia con la que la demandante desempeñó el objeto contractual. Sobra por tanto el análisis de la oportunidad procesal en la que la actora aportó al expediente de la referencia las agendas de turnos, pues el elemento de la subordinación se deduce fácilmente de las funciones que desempeñó la demandante y de la declaración de la testigo.

Nótese entonces que resulta reprochable el proceder de la *E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento*, al tratar de esconder una relación puramente laboral tras la apariencia de sucesivos contratos de prestación de servicios, circunstancia que merece reproche a la luz de la Constitución Nacional cuyas disposiciones, contenidas en los artículos 25 y 53, otorgan una especial garantía y protección al derecho al trabajo y hacen de obligatoria aplicación el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Adicionalmente, se configura una clara desviación de poder, cuando la administración durante años celebra contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una labor, como ocurrió en este caso. Y, como en el caso de autos se desvirtuó la relación contractual de prestación de servicios que encubría el verdadero vínculo laboral que tenía la actora con la entidad demandada, así ha de reconocerse con todas sus consecuencias indemnizatorias, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con fundamento en el artículo 53 de la Constitución.

Sobre el tema que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación ha señalado¹⁸ que la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional y que si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un contratista el **carácter de trabajador al servicio del Estado**, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP, sin que le sea dable conferirle el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario; pues el aludido principio, no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

De este modo, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a

¹⁸ Ver entre otras la sentencia de 17 de marzo de 2011, proferida por ésta Subsección, dentro del expediente N° 559 de 2010. Actora: Jannette Esperanza García Castiblanco. Sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se reiteraron algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.

Se reitera que el contenido normativo del artículo 53 de la Constitución, busca proteger al extremo más débil de la relación de trabajo y garantizar la prevalencia del derecho sustancial, en la medida en que la realidad laboral trasciende la voluntad expresada. Es por esa razón que el proceder de la administración en este caso merece reproche dada la especial garantía y protección que tanto el Constituyente como el Legislador quisieron otorgarles a los trabajadores.

Acreditados como están los elementos esenciales de la relación laboral, se le debe reconocer a la señora Ana Etelvina Malaver Garzón a título de reparación del daño-, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben quienes se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios (honorarios), sin que sea posible aplicar la convención colectiva, pues las labores del actor correspondían a las de un empleado público, mientras que el aludido instrumento de negociación únicamente se aplica a los trabajadores oficiales.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada por la demandante, pues esta Corporación ha señalado reiteradamente que la providencia judicial que reconoce la existencia de un vínculo laboral tiene el carácter de constitutiva, por lo que, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta el plazo legal para la consignación de las prestaciones adeudadas, razón por la cual esta solicitud de la actora no está llamada a prosperar.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de 10 de junio de 2010, mediante la cual negó las pretensiones principales de la demanda, toda vez que conforme a las consideraciones ya expuestas, éstas deben prosperar.

Finalmente se debe precisar que el proceso de liquidación de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento concluyó el día 6 de noviembre de 2010, según acta publicada en el Diario Oficial el día 9 del mismo mes y año, quedando sus activos a cargo de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA, PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA E.S.E**, por lo que la condena ha de hacerse efectiva a través de ésta última¹⁹.

¹⁹ Sobre este asunto, se debe tener en cuenta lo que consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-029/11 en la cual resolvió una demanda de inconstitucionalidad promovida por Equipo Jurídico de ANTHOC, contra el artículo 19, incisos 2, 5 y 6 (parcial) de la Ley 1105 de 2006, modificatorio del artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000. En ese pronunciamiento, frente a la responsabilidad de las Entidades Públicas ya liquidadas y los patrimonios autónomos que administran sus remanentes, precisó:

"(...) el último inciso del artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, que modifica el Decreto Ley 254 de 2000, regula el procedimiento a seguir en relación con las contingencias y pasivos posteriores y consagra que estos estarán a cargo del patrimonio autónomo, o en su perjuicio de la Nación o de la entidad que asuma los pasivos de la entidad de conformidad con la Ley. Señala la disposición:

"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."

Además, tal y como lo señaló el Ministerio Público y el representante del Departamento Administrativo de la Función Pública no es posible argumentar una omisión, pues una interpretación sistemática de las normas que regulan el proceso administrativo de liquidación, permiten concluir que tanto las obligaciones surgidas con anterioridad como con posterioridad al acto de liquidación deben ser asumidas.

En efecto, la Ley 489 de 1998, que regula esta materia, en su artículo 52, establece que 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 misma ley. En el párrafo 1 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 se señala que 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 los 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.

De la misma manera, el Decreto Ley 254 de 2000, sobre liquidación de entidades públicas del orden nacional, modificado por la Ley 1105 de 2006, ha sido reglamentado y allí también se ha regulado la asunción de los pasivos generados después de la terminación de los procesos de liquidación. Así, por ejemplo, el artículo 3 del Decreto 414 de 2001 "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", consagra expresamente "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 párrafo 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 subrogatoria de los derechos y obligaciones de la entidad liquidada."

Es decir, el actor en realidad no demostró las razones por las cuales existe una omisión relativa, y consecuentemente vulneración del debido proceso, cuando, no sólo es el mismo artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, el que regula expresamente la asunción de contingencias posteriores, sino que existen otras disposiciones que lo disponen.

Es por todo lo anterior que se impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones principales de la demandante, en los términos de la parte motiva de esta providencia, no sin antes ordenar que las sumas que resulten de la condena aquí impuesta sean ajustadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y con la siguiente fórmula:

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

DECISIÓN

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,

Igualmente, se observa que la norma demandada tampoco señala, como lo asume el demandante, que con la suscripción del contrato de fiducia mercantil de constitución del patrimonio autónomo se excluyan ciertos pasivos, lo que indica es que los procesos o contingencias pendientes se atenderán con cargo al patrimonio autónomo, sin que pueda deducirse que ellos se derive en la exclusión de los pasivos como obligaciones a pagar". (Subrayado y negrillas fuera del texto constitucional).

FALLA

1. REVÓCASE la sentencia proferida el 10 de junio de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que negó las “*demás pretensiones principales de la demanda*” instaurada por **ANA ETELVINA MALAVER GARZÓN** contra la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento* y, en su lugar,

DECLÁRASE la existencia del acto ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo en el que incurrió la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento*, frente a la petición que presentó la demante el 18 de octubre de 2007.

DECLÁRASE LA NULIDAD del Acto Administrativo ficto relacionado en el numeral anterior.

ORDÉNASE a título de reparación del daño a la *E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento*, a través de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA, PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA E.S.E**, a reconocer y pagar a favor de la parte actora, las prestaciones sociales que correspondan a un Auxiliar de Servicios Asistenciales, tomando como base los honorarios contractuales, durante los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, a partir del 14 de junio de 1994 hasta el 4 de septiembre de 2007, así como el pago de los aportes por dicho período a las entidades de Seguridad Social en su debida proporción, en los términos de la parte motiva de esta sentencia.

NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

INDÉXESE LA CONDENA, en los términos consignados en la parte motiva de esta sentencia.

CÚMPLASE la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA