



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandado	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Tema	RECONOCIMIENTO DE RELACIÓN LABORAL – CONFIGURACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN – RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LA E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO Y LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

SENTENCIA No. 066

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver la apelación formulada por la parte demandada contra la sentencia del día 20 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹.

2.1.1. Pretensiones².

KETTY GOEZ BALLESTEROS, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado en contra de la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 000840 del 12 de diciembre de 2012, mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, diferencia salarial y otros conceptos laborales solicitados.

Como consecuencia de lo anterior solicitó:

1°.- Se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento del derecho, en el sentido que se le reconozca y pague el equivalente a todas las prestaciones sociales (primas de servicio, primas de navidad, vacaciones, auxilio de transporte, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes al sistema de pensión y salud) y, en general, las prestaciones que se causaron en el periodo en que existió la vinculación entre las partes.

2°.- Para efectos de liquidación de las prestaciones sociales, depreca sea tomado en cuenta, el salario devengado por los auxiliares administrativos de la planta de personal de la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo y no el salario mínimo cancelado.

2.1.2. Hechos³.

Sostuvo la demandante, que se vinculó a la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo a través de contratos de prestación de servicios, desde el 1° de mayo de 2007 hasta el 30 de mayo de 2008, en el cargo de Auxiliar Administrativo en la oficina de pagaduría. Que dichos servicios los prestó por intermedio de la empresa SERVIMOS PERSONAL E.U.

¹ Folio 1-10 del C.ppal.

² Fl. 1 lb.

³ Fl. 1-3 lb.

<i>Expediente</i>	70-001-33-33-002-2013-00049-01
<i>Demandante</i>	KETTY GOEZ BALLESTEROS
<i>Demandado</i>	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
<i>Medio de control</i>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De igual forma, manifestó que laboró de manera subordinada a favor de la Entidad Pública demandada, bajo el mismo cargo, por intermedio de la Empresa COOMULSER C.T.A., durante el lapso comprendido entre el 3 de junio de 2008 y el 18 de enero de 2011.

Posteriormente, fue vinculada para un tercer período, pero ejecutando el fortalecimiento de los servicios administrativos de dicho hospital, a través de contrato de prestación de servicios, en el ciclo abarcado desde el 21 de febrero hasta el 21 de diciembre de 2011.

Indicó que, el salario devengado en los dos cargos desempeñados inicialmente era el mínimo legal vigente, mientras que el del tercer período fue de \$2.158.875,00.

De otra parte, sostuvo que el sueldo de los auxiliares administrativos vinculados a la planta de personal de la Entidad Pública de Salud, durante los años 2006 al 2011 fueron los siguientes:

2007 - \$1.034.550; 2008 - \$ 994.133; 2009 - \$ 1.070.383; 2010 - \$ 1.091.791; 2011 - \$ 1.126.400.

Finalmente, afirmó que por conducto de su apoderado judicial, el día 18 de octubre de 2012 presentó petición a la E.S.E. "H.U.S.", solicitando el reconocimiento y pago de los conceptos laborales causados por el tiempo que duró prestando sus servicios; los cuales le fueron negados a través del Oficio No. 000840 del 12 de diciembre de 2012, bajo el argumento que no hubo relación laboral entre las partes que dé lugar al pago deprecado.

2.3. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 15 de marzo de 2013⁴, fue inadmitida por auto del 11 de abril de 2013⁵; admitida posteriormente por proveído del 15 de mayo de 2013⁶, notificada por medio electrónico a la parte demanda y al ministerio público el 24 de mayo de 2013⁷.

⁴ Fl. 10, C. Ppal N° 1.

⁵ Fl. 51 ib.

⁶ Fl. 55, ib.

⁷ Fl. 61-62 ib.

2.4. Contestación de la demanda E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo⁸.

Por conducto de apoderado judicial, dio contestación a la demanda, refiriendo en lo tocante a las pretensiones, que no podría declararse la nulidad del acto administrativo oficio No. 000840 del 12 de diciembre de 2012, pues su creación goza de total legalidad, además de que nunca existió vínculo laboral alguno entre la demandante y el Hospital Universitario de Sincelejo, toda vez que sus empleadores eran terceros contratistas.

Con respecto a los hechos de la demanda, manifestó que el primero es falso, por cuanto la afirmación contenida en el mismo carece de extremos temporales necesarios para determinar a qué época o periodos se refiere. En lo tocante al segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, décimo tercero y décimo sexto indicó que no le constan, pues tanto Servimos Personal E.U. y Coomulser C.T.A. como empleadores de la actora, son quienes deben saber las situaciones fácticas de sus cooperados, por ende, controvertirlas. Así mismo, aclaró que entre el Hospital Universitario y la actora nunca existió vínculo laboral, por tanto tal relación de subordinación que afirma la accionante nunca aconteció.

En cuanto al noveno, décimo y décimo primer hecho expresó que no son ciertos, toda vez que si bien los contratos de prestación de servicios son *intuitu personae*, como lo cita el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ello no quiere decir que automáticamente se establezca una subordinación, o peor aún asimilarlo a un funcionario público con los mismos derechos y beneficios.

Frente al hecho décimo segundo, sostuvo que es cierto, haciendo claridad que ello correspondió única y exclusivamente al contrato estatal de prestación de servicios suscrito entre la actora y el hospital, no obstante, ello no es óbice para pretender homologar los mismos honorarios a situaciones anteriores jurídicamente distintas.

En lo referente al hecho décimo cuarto, expresó que no es cierto, porque el supuesto de que *“el sueldo devengado por mi apadrinada durante el tiempo en que se desempeñó como auxiliar administrativo, fue el salario mínimo legal mensual vigente”*, no corresponde a la realidad, toda vez que la misma demandante afirma que prestó sus servicios a terceros, por ello es jurídicamente imposible que estuviera vinculada en el hospital con el personal de planta, en el cargo “Auxiliar Administrativo”, por otro lado,

⁸ Fls. 71 a 78 C. Ppal N° I.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

su vínculo final con el hospital fue como contratista estatal, por lo que no se puede equiparar a un servidor público.

En lo atinente al hecho décimo quinto, adujo que tampoco es cierto, pues la ESE no está obligada a legalmente a pagar prestaciones sociales a la demandante cuando la mayor parte del tiempo esta tuvo vínculo laboral con terceros contratistas; concerniente al hecho décimo sexto, manifestó que no les consta; y finalmente sobre el décimo séptimo, décimo octavo, décimo noveno y vigésimo hecho afirmó que son ciertos.

Adicionalmente, propuso a título de excepciones previas, las siguientes:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de competencia:** fundada en que la actora no debió demandar al Hospital Universitario de Sincelejo, toda vez que los sujetos pasivos de la demanda deben ser COOMULSER C.T.A. y SERVICIOS PERSONAL E.U., pues dichas entidades eran los empleadores, por ende el hospital no debió ser llamado a juicio, razón por la cual este litigio deberá resolverse en la Jurisdicción Ordinaria Laboral por ser entidades privadas.
- **Inexistencia de la obligación:** Argumentada en que la actora solo tuvo vínculo con el HUS como contratista en el año 2011, sus empleadores fueron terceros contratistas, por tanto el hospital no está obligado legalmente a reconocer tales derechos, en el supuesto caso que quiera establecer la condición de contrato realidad deberá ser solo con relación a los contratos de prestación de servicio pero en una demanda con diferente estructura a la presentada por la parte demandante.
- **Cobro de lo no debido:** Al Hospital Universitario de Sincelejo, no se le puede exigir el pago de prestaciones cuando este no ha sido el empleador, debiendo llamar o vincular al proceso a quienes realmente fueron sus empleadores, pues ellos son los que podrían confirmar o desmentir el pago de lo que la actora reclama.

2.5. La sentencia recurrida⁹.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, resolvió declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No. 000840 de 12 de diciembre de 2012; como consecuencia, condenó al ente hospitalario a reconocer y pagar a favor de la demandante las prestaciones

⁹ Fls. 124 a 135, C. Ppal N° 1.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sociales a título de indemnización reparatoria a las que tienen derecho los Auxiliares Administrativos de la Planta de Personal del Hospital demandado, teniendo en cuenta para su liquidación, lo pactado en el contrato de prestación de servicios, solo durante los períodos comprendidos del 1 de mayo de 2007 a 30 de mayo de 2008 y de 3 de junio de 2008 a 18 de enero de 2011, por considerar que en esos períodos fue que se logró demostrar los elementos de la relación laboral.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que de los testimonios rendidos coinciden en aspectos fundamentales referentes a la subordinación y que no se restringen al cumplimiento de un horario, sino que se extienden a la impartición de órdenes y la obligación de pedir permisos e incluso a llamamientos de atención por parte de un superior inmediato (Sugey Arias), para los periodos entre el 1º de mayo de 2007 a 30 de mayo de 2008 y el 3 de junio de 2008 hasta 18 de enero de 2011, órdenes que eran dadas por personas adscritas al Hospital Universitario de Sincelejo, diferente a la cooperativa o empresa con que se vincularon para la prestación del servicio. Situación esa, que a su sentir difiere del contrato de prestación de servicios, por el contrario, se asemeja al contrato laboral, en sus elementos básicos y fundantes como lo son: la prestación personal del servicio, la subordinación, la dependencia y el pago de un salario como remuneración.

En conclusión, encontró reunidos los elementos necesarios para determinar la existencia de una verdadera relación laboral entre Ketty Goez Ballesteros y la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, cuales son, prestación personal del servicio, subordinación y dependencia, así como la contraprestación a la labor desarrollada.

2.5. El recurso de apelación¹⁰.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo, interpuso contra aquel pronunciamiento recurso de apelación, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

Al respecto, argumentó que la *A quo* debió declarar la prescripción trienal vigente en los extremos temporales comprendidos del 1 de mayo de 2007 hasta el 30 de mayo de 2008, fecha en la cual laboró para Servimos Personal E.U y del 3 de junio de 2008 hasta el 18 de enero de 2011, cuando laboró con Coomulser C.T.A, períodos en los

¹⁰ Folio 146– 149 del C. ppal.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cuales la actora no tuvo vínculo contractual directo con el Hospital Universitario de Sincelejo, razón por la cual no se le puede aplicar el precedente judicial que indica que no opera la prescripción, porque en ese caso se trata de contratistas que tuvieron vínculo contractual directo con la administración a través de contratos de prestación de servicios, contrario sensu, en el caso de la actora su vínculo laboral fue a través de cooperativas, no teniendo entonces ninguna relación con la demandada, en consecuencia no es admisible la aplicación de la sentencia del Consejo de Estado, C.P. Bertha Lucía Ramírez, de fecha 19 de febrero de 2009, exp. 3074-2005.

Respecto a los extremos temporales del 21 de febrero de 2011 hasta el 21 de diciembre de ese mismo año, fecha en que la actora tuvo vínculo contractual con el HUS, adujo que debe establecerse si existió o no contrato realidad, siendo aplicable en dicho periodo la sentencia antes aludida.

Por otro lado, sostiene que debe ser revocado el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida, toda vez que solamente ordena el pago de prestaciones sociales a título de indemnización reparatoria a la que tienen derecho las auxiliares administrativas de la planta de personal del ente demandado, porque tal condena desconoce que el contratista JAMÁS se le debe asimilar al empleado público, por ende, lo correcto era, en el evento de existir derecho, reconocer las prestaciones sociales conforme a los honorarios pactados dentro del contrato de prestación de servicios.

Por último, respecto de las pruebas testimoniales, consideró que el *A quo* no debe tener la presunción de la existencia de un contrato realidad, sino la certeza. De igual manera sostiene que el testimonio del señor FABIO BUELVAS, no es coherente con los hechos de la demanda, o por el contrario desconocía la realidad material de los hechos, toda vez que el video 41:59-54:05, indica que entró a trabajar en el Hospital Universitario de Sincelejo, junto con la demandante Ketty Goetz, en archivo clínico, sin embargo en el libelo de la demanda, en el hecho 2 y 5, se afirma que entró a laborar como auxiliar administrativo en el área de pagaduría.

En razón de lo anterior, sostiene que si se analizan todas las pruebas testimoniales no pueden constituir certeza necesaria para determinar algún tipo de contrato realidad, por tanto debe examinarse el testimonio antes referido, por cuanto es evasivo a las preguntas del Juez al comienzo de su prueba.

Expediente 70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.6. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto del 26 de marzo de 2015¹¹, se admitió recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra del fallo de primera instancia; por auto del 23 de abril de este año¹², se corrió traslado a las partes por el término de diez días para alegar de conclusión.

2.7. Alegatos de conclusión.

En esta oportunidad, las partes y el Agente del Ministerio Público, se abstuvieron de pronunciarse en esta etapa.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia ya referenciada.

3.1. Problema jurídico.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentran acreditados los elementos de la relación laboral en medio de la prestación del servicio de la señora KETTY GOEZ BALLESTEROS, a la E.S.E Hospital Universitario de Sucre, a través de los contratos de prestación de servicios suscritos por intermedio de las Cooperativas de trabajo asociado SERVIMOS PERSONAL E.U., durante el lapso comprendido entre 1 de mayo de 2007 hasta el 30 de mayo de 2008; así como también con las Empresa COOMULSER C.T.A., del 3 de junio de 2008 hasta el 18 de enero de 2011?

¿A partir de donde empieza a contabilizarse el término de prescripción, en lo tocante al contrato realidad?

¹¹ Fl. 4 del C. Alzada.

¹² Fl. 13 del C. Alzada.

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación, se detendrá la Sala en dichos temas, para arribar a su mérito, a saber: i) Noción contrato realidad; ii) Criterio de la Corte Constitucional en lo que respecta al contrato realidad; iii) Línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al contrato realidad; iv) Reconocimiento de prestaciones sociales a título indemnizatorio, en asuntos en donde se acredita la configuración de una relación laboral, a partir de contratos de prestación de servicios; v) Responsabilidad solidaria de las entidades públicas, cuando se benefician de la intermediación laboral y se declara la existencia de un contrato realidad; vi) Caso concreto.

3.2. Noción del contrato realidad.

Este concepto surgido en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, así como de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Nacional, enseña que en el evento en que una relación de carácter contractual, exhiba elementos propios de una relación laboral; esto es, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, pero especialmente, el desempeño por parte del presunto contratista de una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando que las actividades realizadas no son de aquellas que obedecen a la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales, desvirtúa el contrato de prestación de servicios y se colige la existencia de una relación laboral que apareja el reconocimiento de las prestaciones sociales durante el período laborado, previo acompañamiento de los elementos demostrativos del caso.

3.3. Criterio de la Corte Constitucional en lo que respecta al contrato realidad.

Recientemente, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado ratificando su posición expresando¹³:

5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones

¹³ Sentencia C-171 de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva,

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)” 24; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” .25 En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

En efecto, cualquiera de los criterios antes mencionados sugiere la existencia de una verdadera relación laboral, lo cual conlleva a la declaratoria de la misma sin que sea necesario, que todos se den de manera concurrente, por lo tanto, sirven como pautas orientadoras al juez de la causa para desvirtuar el contrato de prestación de servicios.

3.4. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al contrato realidad.

Son múltiples los pronunciamientos de la jurisprudencia nacional referida a las órdenes de prestación de servicios que ocultan una verdadera relación laboral, por lo que cuando se está frente a una de estas situaciones se debe declarar su existencia; previo reconocimiento de los elementos de aquella como son: (i) prestación personal del servicio; (ii) contraprestación –salario–; y (iii) subordinación.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Atingente al tema ha indicado¹⁴:

“El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997¹⁵, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador¹⁶, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017-10); también se puede ver el pronunciamiento de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección "A", C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 4 de marzo de 2010, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

¹⁵ “Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.” (Destaca la Sala).

¹⁶ Negrillas de la Sala.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...). Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta¹⁷, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso”.

Conforme lo direcciona la jurisprudencia nacional transcrita, para alegar la existencia del contrato realidad, tiene que probarse que el contratista desempeñó la función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia a las cuales se sujetarían cualquiera de los demás servidores públicos.

3.5. Reconocimientos de prestaciones sociales, a título indemnizatorio, en asuntos donde se acredita la configuración de una relación laboral, a partir de contratos de prestación de servicios.

La doctrina contenciosa administrativa, ha sostenido, de manera constante, que de llegarse a acreditar la existencia de una relación laboral, a partir de la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios, teniendo como punto de partida la acreditación de los elementos que conforman el vínculo laboral, el restablecimiento del derecho que recibe el contratista, se hará a título de indemnización, equivalente a las prestaciones sociales, que perciben los empleados de la planta de personal de la administración, con igual cargo y naturaleza al desempeñado por aquél, sin que ello signifique, que tal declaración, los califique como empleados públicos, por cuanto, para tener esa condición, es necesario que se avizore un nombramiento y posterior posesión del cargo, requerimientos propios de una vinculación legal y reglamentaria.

¹⁷ Negrillas de la Sala.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En consecuencia, el hecho que acredite que el contratista, tiene con la administración, una relación laboral, no significa, per se, la extensión de todos los derechos laborales propios de los empleados estatales.

En estos términos, resulta viable que la jurisdicción decrete a favor de la demandante, como restablecimiento del derecho, a título de reparación del daño, el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos que laboran en dicha entidad, mientras estuvo vinculada por contratos de prestación de servicios en las fechas que se acreditaron previamente, teniendo en cuenta las interrupciones si las hubiere, para que sean liquidadas de acuerdo con el valor pagado en forma mensual por la prestación de sus servicios, el cual debe tomarse como salario base, para la liquidación de dichos emolumentos, incluyendo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

No obstante, cabe aclarar que dicha condición irregular, no alcanza para otorgarle la calidad de empleado público a la demandante, como quiera que no cumple los requisitos establecidos por la ley, para que se establezca una relación legal y reglamentaria, dada la forma de su vinculación, por medio de contratos de prestación de servicios.

Al respecto, el Alto Tribunal Administrativo, se pronunció en los siguientes términos¹⁸:

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

En sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres Toro, se 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

¹⁸ Sentencia de 15 de junio de 2011, Radicado 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10), Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Expediente 70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.

Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

De otra parte, esta Sala destaca que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, **se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.** Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, **referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir**, en los siguientes términos:

"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...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, 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 los 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"⁷.

Ahora bien, la jurisprudencia, ha clasificado esas prestaciones sociales que recibe el contratista desvirtuado, a título indemnizatorio, como aquellas que asumen directamente el empleador y aquellos, cuyos costos los asume el sistema de seguridad social integral.

En relación al primero de éstos, se clasifican en ordinarios y comunes, tales como, en su orden, cesantías, intereses a las cesantías, primas; y las comunes, las que se sufragan de manera compartida, entre el trabajador y empleador, estas son, la seguridad social en salud y pensión, de modo que frente a este último, debe reconocerse a favor del contratista, solo la cuota parte que le corresponde al empleador y transferirlos a una

<i>Expediente</i>	70-001-33-33-002-2013-00049-01
<i>Demandante</i>	KETTY GOEZ BALLESTEROS
<i>Demandado</i>	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
<i>Medio de control</i>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

entidad prestadora de salud y administradora de pensión autorizadas.

En efecto, la posición de la Alta Colegiatura de lo Contencioso Administrativo, señala¹⁹:

“Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización".

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la

¹⁹ Sentencia de 22 de noviembre de 2012, Radicado 25000-23-25-000-2003-00839-01(1165-10), Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

Colofón de lo anotado, la medida indemnizatoria, una vez se avizore la existencia o acreditación del contrato realidad, estriba en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que devengan los empleados de la administración, con iguales funciones a las desempeñadas con el contratista.

3.6. Responsabilidad solidaria de las entidades públicas, cuando se benefician de la intermediación laboral y se declara la existencia de un contrato realidad.

El H. Consejo de Estado ha señalado que tratándose de la intermediación laboral, que se desarrolla en escenarios en los cuales un particular vinculado a una cooperativa de trabajo asociados o ente solidario de este tipo, presta sus servicios a una entidad pública, la cual se beneficia de los servicios de este, pero cuya relación engendra una verdadera relación laboral que se determina judicialmente, se presenta una responsabilidad solidaria en tal evento, que por ende implica que, tanto la Cooperativa, como la entidad pública donde se prestaron los servicios, asuman como empleadoras las obligaciones sobrevinientes, aun en el evento de no ser vinculadas al proceso, alguna de las dos, ya que ello no obsta, para que el juez de conocimiento, imponga las consecuencias jurídicas correspondientes, en virtud del acaecimiento del contrato realidad.

En tal sentido, el Alto Tribunal, en sentencia del 23 de febrero de 2011, puntualizó:

“En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.

Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.”²⁰ (Negrillas de la Sala)

Por lo tanto, el hecho de que exista una intermediación laboral entre una entidad pública de salud y una cooperativa de trabajo asociado, no quiere decir, que la entidad pública demandada, no se haga responsable de las consecuencias derivadas del acaecimiento de un contrato realidad, ya que como bien lo señala la jurisprudencia contenciosa administrativa, existe un juicio de solidaridad, que permite imponer órdenes y deberes al tercero beneficiado con la prestación del servicio, inclusive, si a lo largo del proceso judicial, no se vincula a las cooperativas de trabajo asociados

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente con radicación interna 0260-09. C. P. Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila. También puede acudir a sentencia del 17 de abril de 2013. Expediente con radicación interna 1001-2012. C.P Dr. Alfonso Vargas Rincón, donde se manifestó: “En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que si existe dependencia del trabajador frente a ella y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar de que no se encuentra vinculado de manera directa.”

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

como sujetos propios, de la vinculación y observancia del servicio encomendado y a la vez prestado.

3.6.1. De la contratación de personal a través de las empresas de servicios temporales.

En el contexto del proceso, se advierte que las entidades con las cuales estuvo vinculado contractualmente la demandante, a pesar de identificarse como organizaciones diferentes, esto es, para el caso de la Empresa SERVIMOS PERSONAL E.U. y C.T.A.COOMULSER, empleaban a efectos de contratar con la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo, la calidad de empresas de servicios temporales, las cuales están regulada por los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990 así:

Artículo 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Artículo 72. Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

Artículo 73. Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

Artículo 74. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y **trabajadores en misión**. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley.

Artículo 76. Los trabajadores en misión tienen derecho a la compensación monetaria por vacaciones y primas de servicios proporcional al tiempo laborado, cualquiera que éste sea.

Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Artículo 78. La empresa de servicios temporales es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, en los términos de las leyes que rigen la materia para los trabajadores permanentes.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cuando el servicio se preste en oficios o actividades particularmente riesgosas, o los trabajadores requieran de un adiestramiento particular en cuanto a prevención de riesgos, o sea necesario el suministro de elementos de protección especial, en el contrato que se celebre entre la empresa de servicios temporales y el usuario se determinará expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones. No obstante, este acuerdo no libera a la empresa de servicios temporales de la responsabilidad laboral frente al trabajador en misión.

Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

Parágrafo transitorio. Los contratos de los trabajadores en misión vinculados a las empresas de servicios temporales con anterioridad a la vigencia de esta ley, serán reajustados en un plazo de doce (12) meses de conformidad con lo expresado en este artículo.

(Negrillas y Subrayado de la Sala)

Conforme estructuran las normas mencionadas, en especial el artículo 71, se entiende como empresa de servicios temporales, aquella, que provee la prestación de servicios de personas naturales a un tercero beneficiario, para desarrollar actividades de carácter temporal, manteniendo frente al operador su relación como empleador.

Sobre este tipo de empresas, el Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo ha precisado:

En los términos del artículo 71 de la Ley 50 de 1990, la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor cumplida por personas naturales contratadas directamente por aquélla, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. (Artículo 71 de la Ley 50 de 1990).

Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: de planta, que son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

En el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se indica que los USUARIOS de las EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES solamente podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del C.S.T.

2º. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3º. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.²¹

Finalmente, es relevante anotar que tratándose de los trabajadores que desarrollan funciones de misión -Art. 74 *ut supra*-, estos tienen derecho a percibir como salario, el valor que devengue en la empresa usuaria, el empleado que realiza las mismas funciones que le han sido asignadas, recibiendo de forma adicional los beneficios establecidos en materia de transporte, alimentación y recreación.

3.7. Caso concreto.

En el *sub judice*, la Sala se circunscribirá a examinar los cargos formulados por la entidad apelante en la alzada, los cuales se refieren a tres tópicos específicamente: i) La valoración frágil de los testimonios, los cuales no dan convicción de la existencia del elemento subordinación en la relación de servicio presentada entre la señora Ketty Goetz Ballestaeros y el H.U.S; ii) Efectos de la intermediación laboral y la responsabilidad solidaria relativas al reconocimiento del contrato realidad a la luz de las empresas temporales; iii) La existencia de prescripción trienal de las prestaciones solicitadas.

En primer lugar, respecto a la inconformidad izada por el apelante, en cuanto a la existencia de falencias en los testimonios rendidos a efectos de demostrar la configuración de la subordinación laboral, ante tal circunstancia, la Sala se servirá valorar los testimonios recabados en el expediente en la audiencia de prueba celebrada el 19 de noviembre de 2013.

En ese contexto, el declarante Fabio Buelvas Sánchez expresó²²:

PREGUNTADO: Que relación tuvo con Ketty Goetz Ballesteros? RESPUESTA: Fuimos compañeros laborales. PREGUNTADO: En que períodos?. RESPONDE: Más o menos la conocí a ella en el 2007. PREGUNTADO: Que relación tiene o tuvo con el HUS?. RESPONDE: Fui trabajador del HUS. PREGUNTADO: Conoce usted para que fue llamado a este estrado judicial?. RESPONDE: Sí, tengo entendido que la señora Ketty Goetz impuso una demanda y posteriormente soy testigo. PREGUNTADO: Entonces cuéntenos todo lo que le conste y que esté relacionado con la señora Ketty Goetz Ballesteros en el HUS, siendo muy descriptivo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y demás que nos pueda aportar a este proceso. RESPONDE: A Ketty la conocí en el 2007, como trabajadora, como auxiliar administrativo inicialmente en la parte de archivo clínico,

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Rad. 4096-03, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

²² Fl. 108 CD – ROM Audiencia de Prueba, Min 37:00 al 50:24.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

trabajábamos las 8 horas diarias reglamentadas, pues de 8-12 y de 2 a 6, lo que se tiene que laborar, pues la jefe inmediata en ese momento en la parte administrativa era la Dra. Sughey Arias, Profesional Universitario de información, la cual era a quien le pedíamos los permisos, nos llamaba la atención, los horarios, las labores que teníamos que desempeñar dentro de este y bueno, ya, eso. PREGUNTADO: Usted entró también en el 2007. RESPONDE: Sí, pero antes, en febrero. PREGUNTADO: Y la señora Ketty Goetz cuando entró?. RESPONDE: el 1º de mayo. PREGUNTADO: Usted como entró a esa entidad al HUS, por contrato, vinculado, como fue eso? RESPONDE: No, yo llevé la hoja de vida donde una persona y ella me vinculó al hospital en ese momento, ya que era una entidad pública y normalmente ese es el vínculo. PREGUNTADO: Pero como fue que lo vincularon, por contrato, directamente con el hospital, lo nombraron, como fue eso?. RESPONDE: No, me vincularon por cooperativas en ese entonces. PREGUNTADO: Como se llamaba la Cooperativa? RESPONDE: Comenzamos con Servimos Personal. PREGUNTADO: Usted conoce por qué con Servimos Personal y no con otra?. RESPONDE: Pues tengo entendido que para minimizar los gastos y ordenar el personal, tenerlo más clasificado. PREGUNTADO: Cuénteme, y usted a qué hora asistía a trabajar. RESPONDE: Las ocho horas diarias reglamentarias, de 8-12 y de 2-6, y algunas veces los fines de semana... PREGUNTADO: Usted iba con la señora Ketty Goetz Ballesteros a trabajar? RESPONDE: Sí, yo estaba inicialmente en el archivo clínico después ella ingresó. PREGUNTADO: Hasta que período estuvo usted en el archivo clínico?. RESPONDE: Hasta, yo salí antes que ella, yo salí en junio de 2011. PREGUNTADO: Usted estuvo todo el período del 2007 a 2011 en archivo clínico? RESPONDE: No, ya después nos repartieron, yo me fui para otra área llamadas estadísticas Vitales y Ketty se fue posteriormente en ese año 2011, pues ella ya se profesionalizó y le hicieron su vínculo profesional por OPS... PREGUNTADO: Como hacían ustedes para cumplir o conocer ese horario de trabajo, de actividades. RESPONDE: La doctora Sughey Arias cuando ingresábamos nuevos ella nos manifestaba cual era nuestro horario y las funciones que íbamos a desempeñar dentro del área... PREGUNTADO: Cuando Ketty Goetz ingresó usted fue testigo, cuando la señora Sughey le dijo que el horario era este, que las actividades a realizar eran estas y estas? RESPONDE: Sí, porque normalmente cuando ingresaba una persona ella hacía una reunión privada con la persona, en ese caso con Ketty Goetz, después se dirigía a todo el grupo y decía cual iban a ser las funciones de ella y cuál iba a ser su horario. PREGUNTADO: Cuénteme un llamada de atención que hubiese recibido Ketty Goetz Ballesteros y por quién? RESPONDE: Sí, lo tuvo una vez por no asistir a trabajar por la doctora Sughey Arias. PREGUNTADO: Eso en qué fecha fue? RESPONDE: No me acuerdo. PREGUNTADO: Y que le dijo la señora Sughey Arias y en dónde? RESPONDE: Tengo entendido que fue privado, ella nos manifestó que le llamó la atención y que tenía que pasar un permiso con anterioridad en el caso de que no fuera una calamidad doméstica o una enfermedad y pues llevar la incapacidad médica. PREGUNTA: Quien le dijo eso? RESPONDE: Ketty nos los manifestó... PREGUNTADO: Ustedes con que implementos trabajaban en la prestación de sus servicios? RESPONDE: Sólo con las manos y como era un archivo clínico se maneja mucho polvo y las manos y un tapabocas, nada mas. PREGUNTADO: Y quien le suministra los tapabocas? RESPONDE: El hospital. PREGUNTADO: En el caso de la señora Ketty Goetz, que estaba en archivo clínico también todo se lo suministraba el hospital? RESPONDE: Si señora... PREGUNTADO: Conoce que paso después más o menos en el 2011 para la señora Ketty dentro del Hospital? RESPONDE: Sí, como le comenté ella terminó su carrera profesional y después la vincularon a OPS. PREGUNTADO: En esa vinculación con OPS, quien era el coordinador de esa actividad que ella prestaba. RESPONDE: Ella entró al área de presupuesto y contabilidad, la jefe inmediata era la doctora DEBBYS DOMÍNGUEZ.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De otra parte, rindió testimonio el señor JOSÉ PÉREZ CHAMORRO, quien señaló²³:

PREGUNTADO: Que relación tuvo o tiene con la señora Ketty Goez Ballesteros? RESPUESTA: Ketty Goez fue compañera de trabajo mío en el Hospital Universitario de Sincelejo. PREGUNTADO: En que término estuvo usted con el Hospital Universitario de Sincelejo o se encuentra usted aún con algún tipo de relación con dicha entidad. RESPONDE: todavía me encuentro laborando en el hospital universitario. PREGUNTADO: Desde cuándo?. RESPONDE: Estoy desde enero de 2001 hasta la fecha, ingresé el primer lunes del primero de enero de ese año. PREGUNTADO: hágame un relato claro, preciso y conciso de los hechos que son motivo de este litigio y que a usted le constan, siendo muy descriptivo de lo que nos está diciendo, las fechas, modo, lugar, el tiempo, época, las actividades.. RESPONDE: Ketty llegó al hospital a trabajar a la oficina en la cual yo me encontraba trabajando, en archivo clínico, como auxiliar administrativo, eso fue en un período comprendido entre el 1 de mayo del 2004 hasta el 18 de enero de 2011 y posteriormente 21 de febrero al 21 de diciembre de 2011, por contrato... Del primero de mayo recuerdo porque ese día llega la cooperativa al hospital, ketty llega y hace parte de la cooperativa Coomulser, perdón Servimos Personal que fue la primera a la cual ella estuvo vinculada y después eso pasamos a otra cooperativa Servimos Personal, perdón este Coomulser y después de ese tiempo cuando se acabaron las cooperativas quedó por orden de prestación de servicios todas las personas. PREGUNTADO. Ella siempre, la doctora Ketty Goez, siempre estuvo de auxiliar clínico? RESPONDE: Hubo un tiempo sí, como dije desde el 1 de mayo hasta el 18 de enero de 2011, estuvo como auxiliar administrativo encargada del archivo y después desde el 21 de febrero de 2011 hasta el 21 de diciembre de 2011, estuvo por orden de prestación de servicios, en otra área, el área es contabilidad y presupuesto. PREGUNTADO: Usted sabe que actividades hacía en contabilidad y presupuesto. RESPONDE: Ella estaba como profesional universitario... ella estaba encargada de recibir los contratos de las personas, como es que se llama eso, las cuentas de las personas, las firmaba, las revisaba y eso. PREGUNTADO: Cuénteme, como fue el ambiente laboral de la señora Ketty Goez, tuvo llamados de atención? RESPONDE: Ketty es una buena funcionaria y tuvo llamados de atención porque a veces no llegaba a tiempo y le llamaba la atención la jefe inmediata y también porque a veces se ausentó del servicio y también tuvo llamados de atención verbalmente... la jefe inmediata es la Profesional Universitaria Sugey Arias, profesional en formación estadística y archivo clínico... ella era quien nos impartía ordenes, ella está nombrada en el hospital universitario. PREGUNTADO: Para cuando ustedes ejercían la actividad, que implementos utilizaban, esos implementos los traían ustedes o los traía la señora Ketty al trabajo o se los daba directamente el Hospital. RESPONDE: El Hospital nos brindaba todos los materiales e instrumentos para nosotros poder ejercer nuestras funciones... PREGUNTADO: Usted como conoció como ingresó la señora Ketty al Hospital. RESPONDE: Porque al igual que ella yo también ingresé en la cooperativa y recuerdo el día que nos tocó firmar para la vinculación a la cooperativa Servimos Personal. PREGUNTADO: Como fue que ustedes terminaron en esa cooperativa. RESPONDE: Resultamos en esa cooperativa porque el Hospital quería minimizar gastos, entonces nos vinculó a esa cooperativa y cuando nosotros fuimos a preguntar por qué nos cambiaban de cooperativa, nos dijeron que eran cambios normales de la Administración, porque la cooperativa minimizaba gastos, eso nos lo dijo la administradora del Hospital en ese momento, Estela Vásquez, cuando le fuimos a reclamar... ella estuvo como administradora desde enero de 2004

²³ FI. 209 CD – ROM Audiencia de Prueba, Min 15:00-34:33.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

hasta el 2005 sino estoy mal. PREGUNTA DE LA PARTE DEMANDANTE: Diga si la señora Ketty Goez cumplió algún horario de trabajo en la ESE Hospital Universitario de Sincelejo, en caso afirmativo, sírvase decir cual fue ese horario. CONTESTÓ: Sí doctor, Ketty cumplía un horario de 8 horas, de 8-12 y de 2-6. PREGUNTADO: Diga el declarante si el horario de trabajo que cumplió la señora Ketty Goez como auxiliar administrativo del HUS fue igual al de los demás empleados de la planta de personal. RESPONDE: Sí... PREGUNTADO: Durante el tiempo que la señora Ketty Goez se desempeñó como profesional universitario en la ESE Hospital Universitario de Sincelejo, a quien le solicitaba los permisos para ausentarse de su puesto de trabajo. RESPONDE: Los permisos eran solicitados a la jefe inmediata de contabilidad y presupuesto DEBBYS DOMÍNGUEZ. PREGUNTADO: Diga el declarante si en algún momento observó que algún funcionario de servimos personal le impartiera órdenes a la señora Ketty Goez. RESPONDE: Ninguna. PREGUNTA DE LA DEMANDADA: Diga el declarante quien le pagaba el salario a la señora Ketty Goez cuando estuvo vinculada por COOMULSER y SERVIMOS PERSONAL?. RESPONDE: Las cooperativas Servimos personal y Coomulser... PREGUNTA DE LA JUEZ: Como se fijaba el horario para ustedes asistir a la ESE?. RESPONDE: El horario lo fijaba la jefe, la Dra. Sughey Arias Caldera, y teníamos diferentes horarios pero siempre de ocho horas, unos de 6-2, otros de 7-3, otros de 8-12 y de 2-6.

De las declaraciones testimoniales transcritas, se desprende como era la relación entre el Hospital y las Cooperativas, además fueron concordantes en sostener ambos deponentes, entre otras cosas, que los elementos de trabajo empleados eran de propiedad del mismo ente hospitalario; particularidades que sin lugar a dudas, evidencia claros elementos propios de un contrato laboral.

De forma adicional, los testigos ratificaron que la demandante se vinculó al Hospital Universitario de Sincelejo inicialmente como auxiliar administrativo en el área de archivo clínico a través de la cooperativa Servimos Personal, luego paso a la cooperativa Coomulser y posteriormente cuando se profesionalizó paso al área de contabilidad y presupuesto, en el año 2011, por contrato de prestación de servicios con el hospital. Igualmente adujeron que la Jefe inmediata de la actora cuando laboraba en archivo clínico era la señora Sughey Arias y posteriormente en el cargo de contabilidad y presupuesto la señora DEBBYS DOMÍNGUEZ, las cuales le impartían órdenes, fijaban el horario y las funciones a realizar en el área, así como la solicitud de permisos se debía hacer ante ellas.

En este orden, esta Colegiatura concluye de los testimonios antes anotados, que todos convienen en señalar que la señora KETTY GOEZ BALLESTEROS, tuvo una relación de trabajo con el Hospital Universitario de Sincelejo, caracterizada, por la sujeción de la actora a una jornada de trabajo, al cumplimiento de un horario, la observancia de órdenes y directrices impartidas por la Jefe profesional en formación estadística y archivo clínico del H.U.S., a la cual estaba adscrita la responsabilidad del

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

manejo del área de archivo clínico; así como la ausencia de autonomía e independencia en la realización de las funciones asignadas²⁴.

Así las cosas, esta Corporación, no avizora deficiencia en los testigos, ni fluctuaciones que bajo las reglas de la sana crítica resten credibilidad a sus dichos, con lo cual, las afirmaciones alegadas en la alzada, encaminadas a señalar falencias probatorias en la prueba testimonial no pasan de ser meras especulaciones que no tienen ningún sustento probatorio; luego entonces, este cargo se despachará de forma negativa.

Bajo esas connotaciones están, 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 respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, concluye esta Corporación que la Administración utilizó equívocamente la contratación con las Cooperativas de Trabajo Asociado y las Empresas Unipersonales, para suplir el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones, por lo que estas sirvieron como intermediarias para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, generando así que se estructurara 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 prestó sus servicios en la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo de manera subordinada y en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de la E.S.E con similares funciones²⁵.

Amén de lo anterior, la Sala quiere referirse como segundo factor, a los efectos de la intermediación laboral y la responsabilidad solidaria relativas al reconocimiento del contrato realidad, teniendo en cuenta que las funciones prestadas por la demandante al Hospital Universitario de Sincelejo, fueron realizadas mediante o a través de empresas de servicios temporales y cooperativas.

Como parte de las directrices señaladas en el acápite 3.6.1, se concluye que la labor adelantada por la señora KETTY GOEZ BALLESTEROS, se surtió como cooperada asociada, siendo enviada en los lapsos comprendidos entre 1 de mayo de 2007 hasta

²⁴ Aclara la Sala, que en algunas ocasiones ha exigido la prueba de los contratos celebrados entre los intermediarios laborales y los beneficiarios de la relación, ha sido para cada caso en concreto, y no es una posición general, ya que la prueba del contrato realidad está sometida, como dice el fallo a la libertad probatoria y a la sana crítica.

²⁵ En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en la sentencia de 18 de mayo de 2011, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08488-02(0056-10). Actor: Maritza Mercedes Herrera Herrera, demandado: E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el 30 de mayo de 2008, por la Empresa Servimos Personal E.U. a realizar labores típicas del cargo de auxiliar administrativo en el área de archivo clínico del H.U.S.²⁶; de igual forma, este *modus operandi*, fue empleado por la Cooperativa COOMULSER en el intervalo del 3 de junio de 2008 al 31 de julio de 2010²⁷, como auxiliar administrativo en el área de archivo clínico y del 1 de agosto de 2010 al 18 de enero de 2011, como auxiliar administrativo en procesos de cartera.

En este orden, se observa que las funciones desempeñadas por la demandante no eran efectivamente de carácter temporal, accidentales o transitorias, dado que las funciones ejercidas correspondían a un empleo de carrera administrativa en los términos del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, la cual cumplía funciones en igualdad de condición que los empleados vinculados a la planta personal del ente público, asunto que sin lugar a dudas evidencia como se dijo en párrafos anteriores, que se realizó una intermediación laboral, a través de las empresas de servicios temporales, ocultando un nexo privativo de una relación legal y reglamentaria. Es decir, cumpliéndose con varios de los criterios relacionados en la sentencia citada en el acápite 3.3 de este fallo, como son el criterio funcional, criterio de igualdad, criterio temporal o de habitualidad y por último el de continuidad, ya que la vinculación fue continua desde el 1 de mayo de 2007 a 30 de mayo de 2008 y del 3 de junio hasta el 18 de enero de 2011; criterios que nos permiten aseverar sin hesitación alguna, la existencia del contrato realidad, a partir de las pruebas ya antes analizadas.

Para ilustrar mejor la anterior afirmación, nos permitimos traer apartes de una providencia del H. Consejo de Estado, referido a la intermediación de una empresa de trabajadores en misión a favor de una entidad pública:

“Sucede que las labores contratadas no revisten las características de temporalidad y transitoriedad y tampoco puede afirmarse que fueran ocasionales, razón por la cual concluye la Sala, que éstas corresponden a las de un empleado público y por ese motivo, se observa que a través de la modalidad de contratación con amparo legal consistente en la INTERMEDIACIÓN LABORAL mediante EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES se disfrazó un vínculo propio de una relación legal y reglamentaria.”²⁸

Ahora bien, considera esta Colegiatura importante precisar que en el caso de la intermediación laboral con cooperativas existe una responsabilidad solidaria entre

²⁶ Este tiempo de servicio, se determina por la fecha signada por el representante legal de SERVIMOS PERSONAL E.U, en el certificado obrante a Folio 116-117, prueba legalmente incorporada al expediente.

²⁷ Este tiempo de servicio, se determina por la fecha signada por el representante legal de la Cooperativa COOMULSER, en el certificado obrante a Folio 114-115.

²⁸ Citado nota al Pie N° 24.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

estas y la empresa contratante, es decir, el Hospital Universitario de Sincelejo, por cuanto este último es el beneficiario del servicio prestado por la actora, pretendiendo ocultar la relación laboral o el elemento de la subordinación a través de la intermediación por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, así lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 23 de febrero de 2011, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, al decir:

“(…)

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador - empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

(…)

Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad (...)”²⁹ (Destaca la Sala.)

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B, expediente con radicación interna No. 0260-09. C.P. Víctor Antonio Alvarado Ardila. También puede acudir a la sentencia del 17 de abril de 2013, exp. Con radicación interna No. 1001-2012. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

<i>Expediente</i>	70-001-33-33-002-2013-00049-01
<i>Demandante</i>	KETTY GOEZ BALLESTEROS
<i>Demandado</i>	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
<i>Medio de control</i>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De la norma en cita se extrae que, en tales eventos de intermediación laboral se pregona una responsabilidad solidaria, de allí que, tanto la cooperativa y la entidad pública donde se prestan los servicios, asumen como empleadores, aún en el evento de no ser vinculados al proceso, estando llamadas a responder en virtud del acaecimiento del contrato realidad, como se logra denotar en el sub examine.

Aclarado lo anterior y conforme el material probatorio reseñado, se itera que en el presente asunto se logran desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios y se devela la existencia del contrato realidad que existió entre la demandante y la Cooperativa de Trabajo SERVIMOS PERSONAL y COOMULSER, en beneficio de un tercero ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, por lo siguiente: i) cumplía funciones propias de la entidad que no eran temporales dado que la vinculación se mantuvo por espacio de 4 años; ii) no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas porque las mismas estaban bajo la supervisión del Jefe de Estadística y Archivo así como de la Jefe del área de Contabilidad y Presupuesto; iii) estaba sujeta a un horario de trabajo, es decir era dependiente y sometida a la subordinación; iv) realizaban sus funciones con elementos suministrados por la entidad demandada, elementos propios de la relación laboral no de un contrato de prestación de servicios.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando la figura de los contratos de prestación de servicios por intermediación laboral para satisfacer necesidades administrativas permanentes, ya que las cooperativas de trabajo asociado, así como las empresas de servicios temporales, no pueden convertirse en herramientas para desproveer a los trabajadores de las garantías mínimas establecidas en el artículo 53 de la Carta Política. De igual manera, no se puede utilizar la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios o tareas que son permanentes e inherentes a las ESE.

De esta manera, se entiende como lo expone la jurisprudencia en detalle, que al emerger en los particulares una labor de intermediación, resultan responsables también del encubrimiento de la relación laboral y de la omisión en sufragar a la actora lo que correspondía como auxiliar administrativo.

Ahora bien, en tercer lugar, como fundamento de la impugnación se alega, que debió declararse probada la prescripción de las prestaciones sociales solicitadas en relación con los extremos temporales entre el 1 de mayo de 2007 al 30 de mayo de 2008; del 3 de junio de 2008 hasta el 18 de enero de 2011.

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Al respecto, la Sala aclara que los tiempos de servicios reconocidos por la juez de instancia al encontrarlos como laborados oscilaron así: del 1 de mayo de 2007 al 30 de mayo de 2008; y del 3 de junio de 2008 hasta el 18 de enero de 2011.

En ese orden, sobre la configuración del fenómeno prescriptivo tratándose de asuntos en los que se debate el reconocimiento de una relación laboral, bajo el principio de la primacía de la realidad, esta Corporación se ha pronunciado en oportunidades anteriores, concluyendo que la contabilización para la ocurrencia de esta institución jurídico procesal, inicia a partir de la sentencia que reconoce ese derecho.

Sobre el particular, en sentencia del 23 de octubre de 2014³⁰, reiterada posteriormente³¹, esta misma Sala de decisión consideró (se cita in extenso):

“El tema de la prescripción de los derechos de contenido laboral se encuentra regulado en el decreto 1848 de 1991 en el artículo 102 y el decreto 3138 de 1965 el artículo 41, normas del siguiente tenor literal:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

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

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

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

De la norma transcrita, se dilucida que en el caso de derechos laborales, para que sean válidos debe haberse hecho una declaración, es decir, que por medio de una sentencia judicial se constituya el derecho y desde ese preciso momento, el termino para la prescripción empezaría a correr; de la misma forma, al analizar el artículo 2535 del C.C. ³² que consagra la prescripción extintiva, se llega a la misma conclusión, pues aclara que esta empieza a contar a

³⁰ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, Exp. No. 70-001-33-33-009-2013-00191-01, M.P. Dr. Moisés Rodríguez Pérez.

³¹ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, Exp. No. 70-001-33-33-007-2013-00147-01, Sentencia del 12 de diciembre de 2014, M.P. Dr. Moisés Rodríguez Pérez.

³² “Artículo 2535. Prescripción Extintiva. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

Expediente	70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante	KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

partir de que se ha hecho exigible la obligación, más claramente, desde la sentencia que declara judicialmente la existencia del derecho.

Desde ese supuesto normativo, el Consejo de Estado, a través de providencia que pretendió unificar el tema de la prescripción de los derechos laborales, indicó que en este tipo de procesos solo se causa a partir de la fecha en que es declarado judicialmente³³, es decir, a partir de la sentencia judicial que se haga al respecto.

Es de notar que la decisión de la Sala Plena de la Sección Segunda en oportunidades, ha declarado la prescripción extintiva por haber transcurrido más de 3 años como indica el siguiente aparte:

“Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias

³³ “Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: Expediente No. 73001233100020000344901. No. Interno: 3074-2005. Autoridades Nacionales. Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

En igual sentido: “Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”³³

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de situaciones anteriores no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.” Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 11 de marzo de 2010. Ref: Expediente No. 180012331000200400080 02 No. Interno 0114-2008. Autoridades Municipales. Actor: Dina Luz Vásquez Martínez.

Igualmente, ver: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Actor: Erika María Novoa Caballero. Demandado: CAPRESOCA E.P.S.

Expediente 70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”

Ahora bien, existen una serie de decisiones posteriores del Consejo de Estado, quien en conocimiento de acciones de tutela³⁴ y en acciones ordinarias³⁵, predicen la existencia de la prescripción en forma diferente, por el transcurso del tiempo de tres años después de dejar de prestar el servicio, sin que el accionante eleve solicitud ante la autoridad administrativa. De la última sentencia traída a colación, la Sala extracta el siguiente aparte:

“En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

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

Por lo expuesto y ante las múltiples posiciones existentes sobre el punto, queda a consideración del juez definir la forma de interpretar el derecho y la manera en que será aplicado.

³⁴ En este punto, se encuentran las siguientes decisiones que avalan la posición de declarar la prescripción de los derechos laborales cuando se reclama a la administración por fuera del plazo de los tres años, contados estos desde que se dejó de prestar el servicio:

- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B”. Consejera Ponente: Berta Lucia Ramírez De Páez. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicación No.: 11001031500020130101500. Actor: Jesús Bayona Gómez. Demandado: Tribunal Administrativo De Norte De Santander.
- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia Del 6 De septiembre De 2013. Radicación No.: 11001031500020130166200. Actor: Rosa Ismetnia Moreno De Palacios. Demandado: Tribunal Administrativo Del Chocó.
- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia Del 30 De octubre De 2013. Radicación Número: 11001031500020130208300. Actor: Ana Francisca Vargas De Quintero. Demandado: Tribunal Administrativo De Norte De Santander Y Otro. Acción De Tutela.
- Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Ref.: Expediente N° 11001031500020130101501. Demandante: Jesús Bayona Gómez. Demandado: Tribunal Administrativo De Norte De Santander.

³⁵ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Sub Sección “A”. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 9 de abril De 2014. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Apelación Sentencia. Autoridades Departamentales. Actor: Rosalba Jiménez Pérez Y Otros.

3.3.1 Tesis de la Sala

Colofón de las normas cuya parte pertinente se transcribió, de las cuales esta Colegiatura acoge la interpretación y argumentos expuestos por el Consejo de Estado sobre la materia, por las siguientes razones que se exponen en ejercicio de la independencia y autonomía de la función judicial:

1. En primer lugar, el texto mismo de la norma a interpretar, ya traída a colación y contenida en los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 2535 del C.C., consagran la forma en que debe contarse el término extintivo de los derechos laborales, empezando solo a correr desde el momento en que la obligación se hace exigible, la que en casos de contrato realidad, nace con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama, pues antes de la declaratoria judicial el derecho pretendido no existe y por ello esta posición respeta el tenor literal de la norma.

2. En caso de que la norma genere duda en su interpretación, la misma debe solventarse a favor del trabajador, en aplicación del principio general del derecho laboral del *in dubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

3. Con fundamento en el mismo principio, toda interpretación que se haga de las fuentes formales del derecho, y la jurisprudencia lo es conforme lo consagra el CPACA. y lo ha interpretado de forma unánime la Corte Constitucional³⁶, debe realizarse a favor del trabajador, por lo que existiendo posiciones jurisprudenciales que soportan las dos interpretaciones estudiadas (la prescripción de los derechos y la no prescripción de los mismos) debe aplicarse la que favorece el derecho del trabajador en discusión, es decir, para el caso concreto la no prescripción de los derechos laborales de los trabajadores que fueron contratados de manera irregular a través de un contrato de prestación de servicios.

4. Existe una decisión de unificación, de la Sala Plena de la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO, que se inclina hacia la no prescripción de los derechos, sin condiciones adicionales a las puestas en las decisiones posteriores de la reclamación del derecho ante la administración en el término de prescripción, decisión aquella que posee más peso que las decisiones de las subsecciones, tal como lo consagra el artículo 271 del C.P.A.C.A.

5. Por último, el argumento adicionado en las sentencias de tutela y el fallo ordinario citados en los pies de página 15 y 16 de esta providencia, que condicionan la no prescripción a la reclamación dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo, están creando condiciones que no consagran las normas que regulan la prescripción y a la larga concluyen en que sí existe la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo, en franca oposición al tenor literal de las normas ya estudiadas.

Por lo tanto, para este operador judicial, en tratándose de la prescripción de los derechos pretendidos en los conflictos relacionados con el contrato realidad, no existe término de prescripción ni para reclamar ante la administración, ni para ejercer la acción ante la jurisdicción, en donde se pretenda lo mismo, pues los derechos solo existen a partir de la declaración judicial que de ellos se haga.”

³⁶ Ver, entre otras, sentencias C-836 de 2001 y relacionada con la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la Sentencia C-634 de 2011.

<i>Expediente</i>	70-001-33-33-002-2013-00049-01
<i>Demandante</i>	KETTY GOEZ BALLESTEROS
<i>Demandado</i>	E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
<i>Medio de control</i>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con sustento en lo anterior, no le asiste razón a los argumentos expuestos por el apoderado de la entidad demandada, en cuanto a la declaratoria del fenómeno prescriptivo, pues como se dijo, ello no tiene procedencia en asuntos como el presente, en el que debe tenerse en cuenta para fines prescriptivos la sentencia que da lugar a la vida jurídica de dichos emolumentos.

Colofón, al no prosperar los cargos de alzada propuestos por la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo, se confirmará la sentencia apelada.

De otra parte, conviene precisar respecto a los extremos temporales del 21 de febrero de 2011 hasta el 21 de diciembre de ese mismo año, fecha en que la actora tuvo vínculo contractual con la HUS, y que fue tocado por la parte demandada en el recurso de alzada, que tales tiempos no serán objeto de análisis por esta Sala, por cuanto no fueron reconocidos por el Juez de primera instancia, ni tiene interés para recurrir.

3.8. Conclusión.

En suma, considera esta Corporación que la respuesta al primer problema jurídico planteado es positiva, por cuanto se logró acreditar además de la prestación personal del servicio y la remuneración, la configuración del elemento subordinación en medio del servicio prestado por la señora KETTY GOEZ BALLESTEROS como auxiliar administrativo en la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo desde en los períodos que oscilaron entre el 1 de mayo de 2007 al 30 de mayo de 2008; del 3 de junio de 2008 hasta el 18 de enero de 2011, según dan cuenta los testimonios y pruebas documentales obrantes en el plenario.

En segundo lugar, la Sala reiteró el criterio expuesto por este Tribunal, en cuanto a que en estos asuntos no opera el término de prescripción, sino desde la sentencia que reconoce tales derechos.

3.9. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal 4° del artículo 365 del CGP, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada, por cuanto el recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad. La liquidación se hará por el Juez de primera instancia, conforme el artículo 366 del CGP.

Expediente 70-001-33-33-002-2013-00049-01
Demandante KETTY GOEZ BALLESTEROS
Demandado E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
Medio de control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE - SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2014, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada, esto es, a la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha tal como consta en el Acta No. 125.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado