

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA
SALA DE DECISION No. 6
MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 14 JUN 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JAIME BACARES ULLOA

DEMANDADO: ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA

RADICACIÓN: 15001333300220150005201

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Entidad demandada contra la sentencia 30 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor **JAIME BACARES ULLOA** contra el **ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA**.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda (fl. 2-13). Mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **JAIME BACARES ULLOA** en demanda contra de la **ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA** solicitó se declarara la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo respecto de las peticiones presentadas por el actor el 28 de octubre y 12 de diciembre de 2014, en las que solicitaba se reconociera la existencia de una relación laboral entre las partes.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se declarara que entre la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y el señor JAIME BACARES ULLOA existió una relación laboral en el periodo comprendido entre 2 de marzo de 2005 y el 16 de marzo de 2012, y que, como producto de lo anterior, se le reconociera los salarios y prestaciones dejados de percibir y *demás*

beneficios extralegales en igualdad de condiciones que los empleados de la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que prestó sus servicios a la Empresa Social del Estado Hospital Regional de Moniquirá durante tres periodos, así: **del 29 de diciembre de 1989 a 30 de enero de 2005**, que para este periodo ingresó en el cargo de vacunador y que para la fecha de su retiro se desempeñaba como auxiliar de información en salud, no obstante, que la mayor parte de sus funciones se relacionaban con el despacho y recepción de medicamentos en la farmacia; que el demandante fue retirado del servicio con ocasión de la supresión de su cargo.

Que con posterioridad se vinculó a la Entidad accionada por el periodo comprendido entre el **2 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2011**, que en esta ocasión, la demandada ocultó el vínculo laboral mediante el uso de intermediarios, esto es, de cooperativas de trabajo asociado, así, con la COOPERATIVA CISS LTDA entre el 2 de marzo de 2005 y el 6 de julio de 2007; con la COOPERATIVA SAN JOSE del 7 de julio de 2007 al 31 de diciembre de 2007 y del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y para la COOPERATIVA ACCION SOLIDARIA entre el 1 de febrero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, como auxiliar de información en salud y como auxiliar de farmacia.

No obstante lo anterior, el demandante prestó sus servicios de forma personal y subordinada al Hospital Regional de Moniquirá desempeñando las mismas funciones que cumplió al momento de la desaparición del cargo que ocupaba.

Finalmente, se vinculó a la accionada del **1 de enero de 2012 al 15 de marzo de ese mismo año**, por intermedio de una empresa de servicios temporales denominada ALTA EFECTIVIDAD EN PERSONAL LTDA "AFENPE LTDA", *que aunque reconocía derechos prestacionales lo hacía en las condiciones mínimas exigidas por la Ley laboral.* Que no obstante las funciones que cumplía el demandante seguían siendo las mismas.

Adujo el demandante que por medio de petición del 8 de octubre de 2014 solicitó a la accionada que reconociera la existencia de la relación laboral con el señor Jaime Bacares Ulloa y que, como consecuencia de ello, le pagara los emolumentos laborales a que tenía derecho; no obstante la Entidad mediante oficio del 28 de octubre de 2014 contestó que ya había dado respuesta a dicha solicitud en el oficio del 5 de mayo de 2012, pero que sin embargo en esa oportunidad lo que se había solicitado era la expedición de unas copias. Afirma la demandante que esto configura el silencio administrativo negativo.

2.2.- La providencia impugnada (fl. 283-293). Se trata de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda. Para arribar a dicha decisión, el *a quo* reseñó el marco normativo de la vinculación a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, para posteriormente adentrarse en el análisis del caso concreto; una vez allí afirmó que de las pruebas allegadas al proceso era dable señalar que el demandante laboró como empleado público de la Entidad demandada desde el 28 de diciembre de 1989 al 30 de enero de 2005, siendo el último cargo desempeñado el de auxiliar de información en salud.

Que se acreditó también que el demandante con posterioridad al 30 de enero de 2005 se desempeñó en el área de farmacia, por intermedio de varias cooperativas de trabajo asociado hasta el 15 de marzo de 2012.

Adujo de otra parte que de los testimonios y del interrogatorio adelantado al demandante se pudo establecer que la vinculación laboral del demandante estuvo determinada por dos momentos, el primero, comprendido entre el 28 de diciembre de 1989 al 30 de enero de 2005, en el que prestó sus servicios al Hospital Regional de Monquirá como empleado público, en el cargo denominado auxiliar de información, pero desempeñando funciones de recepción y distribución de medicamentos del servicio farmacéutico de la Institución; un segundo momento comprendido entre el 2 de marzo de 2005 al 15 de marzo de 2012, en el que se

desempeñó como auxiliar de farmacia, desarrollando las mismas funciones de cuando era empleado público, que si bien, con ocasión de la supresión del cargo, continuó desempeñándolo con posterioridad, solo que con la intermediación de cooperativas de trabajo asociado, *pero siempre bajo el control y vigilancia del Hospital Regional de Moniquirá, sujeto a horarios y turnos preestablecidos.*

Agregó el Juez de instancia que la vinculación del demandante en calidad de asociado con las empresas cooperativas de trabajo asociado se extendió por espacio de más de 7 años, lo que a su juicio evidenciaba *el carácter permanente de las funciones desempeñadas* por aquel, esto es, funciones típicas del giro normal de la Institución.

Con fundamento en lo anterior y apoyado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que en el caso se encontraban configurados los elementos propios de la relación laboral, pues la labor desarrollada por el demandante lo fue de manera personal, cumpliendo funciones que hacían parte del giro normal de la entidad, bajo la subordinación y vigilancia del gerente del Hospital de Moniquirá, dado que debía cumplir horario y turnos preestablecidos y bajo subordinación, además que si bien la remuneración que recibía por sus servicios no provenía de los recursos del Hospital, lo cierto es que esto se debió a que la Entidad *pretendió ocultar la relación laboral que sostenía con el demandante.*

Por lo anterior, declaró la nulidad del acto ficto demandado y ordenó a título de restablecimiento que se pagara al demandante el valor de la diferencia salarial con el cargo de auxiliar de farmacia en la misma entidad, causadas entre el 2 de marzo de 2005 y el 15 de marzo de 2012. Que en el evento de que no existiera un cargo igual o similar al que desempeñaba el demandante en la planta de personal, *debería tomarse las compensaciones recibidas por el demandante por parte de las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado.*

Ordenó así mismo que se pagaran las cotizaciones a seguridad social en salud y pensiones a favor del demandante y declaró también que el tiempo

laborado por el demandante bajo la modalidad de asociado a las diferentes cooperativas de trabajo asociado, entre el 2 de marzo de 2005 y el 15 de marzo de 2012 se computara para efectos pensionales.

2.3.- El recurso de apelación (fl. 297-312). Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la entidad demandada la impugnó oportunamente. Señalando al efecto que el fallo de primera instancia omitió realizar un estudio juicioso del acto administrativo demandado, esto es, si realmente existió o no un acto ficto o presunto por parte de la Entidad accionada respecto del derecho de petición presentado por el demandante el 8 de octubre de 2014 y de ser así, si el mismo realmente negaba la relación laboral que presuntamente se estableció entre el actor y la entidad demandada. Aduce el apelante que el Juez de instancia dio por hecho que la existencia del acto ficto a pesar de que en la contestación de la demanda así se expuso, no obstante no hubo pronunciamiento al respecto en la sentencia impugnada.

Sobre este punto agregó que el acto administrativo demandado no tiene la naturaleza de ficto, pues respecto de la petición que lo originó, la Entidad demandada lo contestó de fondo, señalándole que ya había dado respuesta de fondo en el año 2012

De otro lado, refiere el accionado que otro aspecto que omitió el Juez de instancia fue la razón y el origen de la reestructuración a la planta de personal de la ESE Hospital Regional de Moniquirá, la cual no se generó por un capricho de la administración de ese entonces, sino por la aplicación de una política departamental, que fue debidamente avalada tanto por el Ministerio de Salud como por el Ministerio de Hacienda, entidades que determinaron la necesidad frente a un estudio amplio, técnico y debidamente soportado de realizar una intervención en las plantas de personal de cada una de las ESE Departamentales que componían la red pública en salud a fin de encontrar viabilidad en la existencia de las mismas, debido entre otras a su carga laboral.

Agregó que en dicho estudio se estableció que para suplir la falencia de personal, se podían presentar variadas modalidades de contratación y *exportación* de servicios, buscando reducción de costos en la prestación del servicio y la optimización de los mismos; que estas eran desarrolladas por cooperativas de trabajo asociado, las cuales de manera autogestionaria desarrollaban con sus cooperados las actividades propias de cada uno de los procesos o subprocesos contratados.

Sobre esto agregó que el Juez de instancia, *simplemente* con los testimonios *convenientes* del demandante y sin análisis concluyó una intermediación laboral, sin examinar los *anales* de la ESE Hospital Regional de Moniquirá y la relación de estas con las distintas cooperativas de trabajo asociado o empresas de servicios temporales y agotado ello, si examinar si en el caso se configuraban los elementos de la relación laboral.

Señaló que los testimonios allegados por el demandante no debieron haberse validado en el fallo recurrido pues a ellos no les constaba si el demandante cumplía un horario de trabajo, dado que dichas personas por el cargo que desempeñaban al interior de la Entidad hospitalaria no estaban en permanente contacto con el demandante y solo por lapsos esporádicos interactuaban con el demandante; testimonios que en todo caso, a juicio del recurrente, resultan sesgados y que no fueron verificados por el Juez de instancia.

Aunado a lo anterior, que la parte actora no allegó otra prueba para confirmar la supuesta relación laboral más allá de la testimonial mencionada, esto teniendo en cuenta que el demandante era consciente de que la documentación de su vinculación con las cooperativas de trabajo asociado y la empresa de servicios temporales reposaba en los domicilios de cada una de ellas.

Señaló que se vulneró el derecho al debido proceso de las aludidas empresas de intermediación laboral, las cuales resultan obligadas solidariamente en la condena impuesta a la ESE Hospital Regional de Moniquirá, por lo cual su vinculación era necesaria y obligatoria.

2.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Durante el término concedido para el efecto (fl. 338), únicamente la parte actora se pronunció para reiterar los argumentos expuestos en la demanda (fl. 341-343). Por su parte la demandada y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.2.- Problema jurídico:

De acuerdo a los argumentos deprecados en el recurso de alzada, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si realmente se configuró el silencio administrativo negativo en relación a los oficios del 28 de octubre y 12 de diciembre de 2014, sólo si la respuesta a este primer interrogante resulta afirmativa se analizará si en el caso la vinculación del señor JAIME BACARES ULLOA con la ESE HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA por el lapso comprendido entre el 2 de marzo de 2005 y el 16 de marzo de 2012, la que estuvo regida por intermediación laboral, realmente llevaba implícita una relación de trabajo y, en caso de que esto resulte afirmativo, analizar si procede el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que de ello se derivaría.

- Del silencio administrativo negativo y de los actos fictos o presuntos

Sobre el particular, el artículo 83 del CPACA establece que trascurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es **negativa**.

La jurisprudencia contenciosa¹, con apoyo en la doctrina nacional sobre el particular, ha señalado que la figura del silencio administrativo tiene una connotación garante para el administrado, pues *"la voluntad administrativa no siempre es expresa, en algunas oportunidades el legislador debe sustituir el pronunciamiento de la autoridad fijando mediante norma el contenido de la decisión, bien sea este positivo o negativo al interés perseguido por el ciudadano cuando inicia un procedimiento administrativo"*², pero que en todo caso, también puede analizarse tal figura, como una sanción que impone la ley ante la renuencia a responder las peticiones formuladas por los administrados, tal y como lo señaló el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su publicación: *"Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, 9ª ed. París 1984, número 6"*, al indicar lo siguiente:

"Sanción que el ordenamiento jurídico impone a la administración en mora de ofrecer una respuesta a una solicitud que le ha sido formulada. La institución que se estudia tiene entonces un escenario concreto en el que se desarrolla: las actuaciones administrativas que se inician en virtud del ejercicio del derecho de petición en interés particular, por lo que es fácil deducir que los efectos del pronunciamiento que presume la ley son igualmente de alcance individual y subjetivo."

Se colige de lo anterior, siguiendo la jurisprudencia en cita, que el silencio administrativo es una figura garantista que busca que la administración pública resuelva las peticiones que en interés particular formulan los ciudadanos dentro de los términos previstos en la ley, en orden a materializar el derecho constitucional de petición; desde otra perspectiva, constituye una sanción, pues de transcurrir el plazo establecido en el citado artículo 83 del CPACA sin que el funcionario competente hubiese dado respuesta, habilita al ciudadano para acudir directamente a la administración dado que se presume que su respuesta fue negativa.

El producto del silencio administrativo se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de marzo de 2017. C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez. Exp. 0957-16

² Enrique Gil Botero. En el XII Congreso Nacional y III Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, celebrado en Cartagena. Año 2010, cuya ponencia trató sobre «Regulación ¿Hacia una nueva función administrativa?»

que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse³.

En el *sub examine* el demandante solicitó, el 11 de abril de 2012, la expedición de una serie de documentos que integraban su historia laboral en la ESE Hospital Regional de Moniquirá, así como certificaciones relativas a la prestación de sus servicios a esa Entidad, por el lapso comprendido entre el *1 de febrero de 2005 al 15 de marzo de 2012* (fl. 53-54).

La entidad demandante por medio del oficio del 2 de mayo de 2012 le contestó al actor señalándole que accedía a la expedición de los documentos que solicitaba, pero que en relación a la certificación del tiempo laborado en el lapso mencionado *"en la hoja de vida no se encontró información adicional alguna sobre la vinculación con el hospital por los servicios prestados desde el 01 de febrero de 2005 hasta el 15 de marzo de 2012, razón por la cual es imposible certificar dicho aspecto"* (fl. 55).

Posteriormente, el 8 de octubre de 2014, el accionante solicitó a la entidad demandada *"reconocer que entre el HOSPITAL REGIONAL DE MONIQUIRA y JAIME BACARES ULLOA existió una verdadera relación laboral a término indefinido, la cual tuvo vigencia entre el 2 de marzo de 2005 y hasta el 16 de marzo de 2012, fecha que se dio por terminado el contrato de forma unilateral y sin justa causa"* (fl. 56-58).

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. 21514

Mediante oficio de 28 de noviembre de 2014 la Gerente de la ESE Hospital Regional de Monquirá responde la petición de la actora en el siguiente sentido:

"(...)

Siendo así las cosas, se encuentra viable proceder a su respuesta de fondo una vez subsanado la deficiencia en el poder otorgado, señalando que una vez consultados los archivos de la institución de años atrás, se determina que el señor JAIME BACARES HULLOA (sic) a quien usted representa en el presente asunto, ya había elevado derecho de petición con igual interés, por lo cual es procedente indicarle que debe remitirse a lo plasmado en ella y a la respuesta dada por la E.S.E. en oportunidad, donde fondo se atendió lo requerido, en oficio fechado el 5 de mayo de 2012" (fl. 60-61).

De lo anterior puede la Sala concluir que efectivamente se configuró el silencio administrativo negativo respecto de la petición elevada por éste el 8 de octubre de 2014, en la que solicita a la demandada el reconocimiento de la relación laboral que a su juicio se configuró entre las partes, pues a pesar de esta solicitud, la entidad accionada emite el acto administrativo contenido en el oficio del 28 de octubre de 2014, en el que **no da respuesta de fondo a la petición de declaratoria de la supuesta relación laboral**, sino que remite a las consideraciones supuestamente expuestas en el oficio del 5 de mayo de 2012, no obstante no allegó al plenario la prueba de este supuesto oficio, de lo que se infiere que se está refiriendo al oficio del 4 de mayo de 2012, el que, como se citó, en nada refiere a la supuesta existencia de una relación laboral.

En efecto, revisado el texto de la respuesta del 4 de mayo de 2012 se constata que en él la entidad demandada accede a la expedición de copia de algunos documentos de la historia laboral y a negar la certificación de prestación de servicios por el lapso comprendido entre el 1 de febrero de 2005 y el 15 de marzo de 2012, lo cual de ninguna manera responde a la supuesta declaratoria de existencia de relación laboral como pretende entenderlo la demandada; esto resulta corroborado con la petición que le da origen, pues allí se puede advertir que la intención del actor era que se expidiera copia de algunos documentos y que se certificara los servicios

supuestamente prestados por él en el lapso ya mencionado; como se aprecia, ninguno de estos aspectos alude a la petición de que se reconociera la relación laboral y por ello, puede concluirse que ésta última petición no dio origen al silencio administrativo negativo que invoca el actor, pues -como se explicó- en él no se decidió directa o indirectamente el fondo del asunto o que hiciera imposible continuar la actuación, características del acto definitivo, conforme las voces del artículo 43 del CPACA.

En consecuencia, considera la Sala que se configuró el silencio administrativo negativo y por tanto el acto ficto o presunto respecto de la petición del 8 de octubre de 2014, dado que allí la administración efectivamente **omitió** responder a la petición del actor de que se reconociera la relación laboral que supuestamente existió entre ellos. A contrario, se considera que respecto de la petición del 11 de abril de 2012 esto no ocurrió, pues ni la petición ni la respuesta a la misma pretendían la mencionada declaratoria de existencia de la relación laboral, sino apenas la expedición de copia de documentos y de certificaciones laborales, lo cual no da para poder considerar que se hubiese configurado un acto ficto respecto de tal petición.

Así las cosas, dado que se constató que únicamente se configuró el silencio administrativo negativo respecto de la petición del demandante del 8 de octubre de 2014, procederá la Sala al análisis de los reproches endilgados por el apoderado de la demandada a la sentencia que declaró su nulidad; en lo atinente al supuesto acto ficto producto de la petición del 11 de abril de 2012, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que respecto de éste, procede la inhibición dado que se trata de un acto no pasible de control judicial.

Para efectos de desatar el recurso de apelación se analizará *i)* del régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado, *ii)* de las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de intermediación laboral para finalmente analizar el *iii)* caso concreto.

a. Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado⁴

Sobre el particular, la ley 10 de 1990⁵ en su artículo 26 dispuso que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado se compondría de funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, así mismo previó la vinculación de trabajadores oficiales, para tareas de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Por otro lado, la ley 438 de 2011⁶, en su artículo 59, habilitó a las Empresas Sociales del Estado para desarrollar sus funciones mediante *contratación con terceros*, empresas sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas u operadores externos, previa verificación de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía de calidad.

Sobre esto último, la Corte Constitucional en la sentencia C-171 de 2012 en el estudio de constitucionalidad del referido artículo de la ley 438 de 2011 analizó la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, para lo cual reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la **prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades⁷.**

⁴ Para el desarrollo de este capítulo, la Sala hará suyas las consideraciones expuestas por el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 26 de mayo de 2016. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 3360-14

⁵ "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

⁶ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

⁷ En sentencia C-171-12 La Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad en los siguientes términos: "...

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

Así, continúa la sentencia en cita, la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado, solo podrá llevarse a cabo **siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad⁸, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.**

Por lo anterior, la Corte declaró parcialmente exequible el artículo 59 de la ley 438 de 2011, en el entendido que (i) la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada; (ii) a que tiene sustento

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de 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 (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo (...)"

⁸ En la sentencia, la Corte indica que en estos casos, la entidad debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal

constitucional la concurrencia privada en la prestación de servicios de salud, no obstante lo cual dicha concurrencia se encuentra igualmente limitada; y (iii) **a que existe la prohibición constitucional y legal de contratar funciones permanentes de las entidades del Estado**, normas con las cuales debe interpretarse sistemáticamente el precepto demandado.

b. De las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de intermediación laboral

Conforme lo dispuesto en la ley 79 de 1988 y en el decreto 4588 de 2006, las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general; el principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.⁹

Sobre el particular la jurisprudencia contenciosa ha señalado que dicha figura no fue creada por el Legislador para *que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes*. En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, **la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del**

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2017.C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp. 1486-15

trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios¹⁰.

Pero de igual manera, es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípode que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral.

c. Caso concreto

En el *sub examine* el apoderado de la parte demandada alegó que la Entidad, en cumplimiento de la política departamental avalada por los ministerios de Salud y de Hacienda, debió practicar en el año 2005 una reestructuración de su planta de personal, que respondía a un estudio amplio, técnico y debidamente soportado de realizar una intervención en las plantas de personal de las ESE departamentales; que en dicho estudio, a los efectos de suplir la falencia de personal producto de la reestructuración *se podían presentar variadas modalidades de contratación y exportación de servicios buscando la reducción de costos en la prestación del servicio y la optimización de los mismos*. Agregó que por ello, no solo esa Entidad sino todas las ESE del País, acudieron a la contratación de cooperativas de trabajo asociado, las cuales de manera autogestionaria desarrollaban con sus cooperados las actividades propias de cada uno de sus procesos.

Revisado el plenario se constata que el señor Jaime Bacares Ulloa se desempeñó en el cargo de Auxiliar de información en salud de la ESE Hospital Regional de Moniquirá por el lapso comprendido entre el 28 de diciembre de 1989 y el 30 de enero de 2005 (fl. 134).

¹⁰ Ibidem

Que mediante el acuerdo No. 004 del 20 de enero de 2005 expedido por la Junta Directiva de la ESE Hospital Regional de Monquirá se dispuso suprimir la planta de personal de la entidad, específicamente los 5 cargos de auxiliar en información en salud, uno de los cuales era desempeñado por el demandante (fl. 24-31). Esta decisión le fue comunicada al actor mediante el oficio del 28 de enero de 2005, en el que se informaba que su vinculación al ente hospitalario se extendería hasta el 30 de enero de ese año (fl. 32-33).

Para probar los elementos constitutivos de la relación laboral referentes **al desempeño de la actividad personal, la subordinación y de dependencia y la remuneración**, el demandante arrió al proceso pruebas documentales y testimoniales, las cuales serán valoradas como sigue:

De los testimonios recibidos en el proceso y que fueron transcritos en la sentencia recurrida, puede advertirse puntos comunes en las declaraciones de los señores Teresa Guerrero Vargas, Carmen Guerrero Ulloa, Josefina Sandoval Torres y Edwin Ulloa Hurtado, quienes se desempeñaron en la ESE Hospital Regional de Monquirá para la época de los hechos, los cuales pueden sintetizarse en que *i)* el demandante se desempeñó en esa entidad desde el año 1989 al 2012, antes del año 2005 como vacunador rural y posteriormente como despachador de farmacia, *ii)* que con anterioridad al 2005 estuvo vinculado en la *nómina* de la Entidad Hospitalaria, pero que con posterioridad lo fue a través de la *Cooperativa*, debido a la reestructuración, *iii)* mientras se desempeñó como vacunador cumplía jornada de 8 horas de trabajo y con posterioridad a la reestructuración debió cumplir turnos, *iv)* en el desarrollo de su labor recibía órdenes de las autoridades administrativas del Hospital, además que era ésta la que controlaba el cumplimiento de su horario y finalmente que era *v)* la *Cooperativa* la que le pagaba por sus servicios.

Al respecto, el apelante afirma que tales testimonios resultan *convenientes* pues tenían un *concepto sesgado*, además de que tales

personas no estaban en permanente contacto con el demandante y *solo en lapsos de tiempo esporádico interactuaban con el señor Bacares* (fl. 300).

De los audios contentivos de los testimonios recibidos en primera instancia se advierte lo siguiente:

La testigo Teresa Guerrero Vargas manifestó que se vinculó como **enfermera auxiliar** a la ESE Hospital Regional de Monquirá desde el 20 de enero de 1973 al 30 de junio de 2012, y que conoció al demandante *"como en el 90, porque él ingresó a trabajar en el servicio de vacunación y como a los 5 años lo pasaron a trabajar a la farmacia del Hospital Regional de Monquirá (...) allí despachaba los medicamentos tanto de consulta externa como hospitalización, incluso nos colaboraba con llevar la canasta de medicamentos al servicio de urgencias porque pesaba tanto"*. El Juez interroga a la testigo en el sentido de que si con posterioridad al año 2005 el demandante había cambiado de funciones, a lo cual contestó: *"yo siempre lo vi en las mismas funciones, despachando medicamentos, tanto para consulta externa como para Hospitalización (...)*. El Juez indaga a la testigo acerca de si se había enterado de que la vinculación del demandante hubiese cambiado a otra entidad, a lo cual contestó *"siempre lo vi en el Hospital"* (Min 16:13). Acto seguido la apoderada del demandante interroga a la testigo respecto de la autoridad que le daba órdenes al señor Bacares y acerca del horario que cumplía, a lo cual contestó: *yo me daba cuenta que él siempre se dirigía al almacén para traer los medicamentos y [las órdenes se las daba] el Gerente o la Gerente en ese momento del Hospital (...) el horario era de 8 a 12 y de 2 a 6 porque en ese tiempo cuando el empezó a trabajar en vacunación, yo trabajaba en materno infantil, entonces el horario de él era de 8 a 12 y 2 a 6, después con los años, con la Cooperativa, ya les colocaron turnos también en la noche en la farmacia y sábados y domingos también trabajaban"* (Min 16:07 a 17:46). El apoderado de la demandada interrogó a la testigo acerca de la coyuntura de que hubiese aparecido la Cooperativa luego de la reestructuración, a lo cual contestó *"lo que pasa es que como yo fui de nómina, entonces cuando empezaron con el cuento*

de que iban a sacar gente que había mucho personal, reestructurar el hospital entonces empezamos a decir, ¿Quiénes se irán a ir? Pero Jaime siguió en la farmacia y haciendo las mismas funciones que antes, igual (21:28 a 22:00)

Así mismo la señora Carmen Guerrero Ulloa depuso que desde el 2 de octubre de 1986 labora a la ESE Hospital Regional de Monquirá como **auxiliar en el área de la salud**, que inicialmente lo hizo como auxiliar de rayos x; afirmó conocer al demandante "*dos años después de haber ingresado a la Institución y que aquel se desempeñó hasta el año 2012*". El Juez indaga a la testigo acerca de las actividades que desempeñaba el demandante con posterioridad al año 2005 a lo cual contestó "*luego cuando llega la reestructuración, él es nombrado en farmacia en el 2005, y él ya en farmacia se desempeña como el auxiliar de farmacia, donde es él, el que entrega y recibe, entrega medicamentos a hospitalización a consulta externa*". El Juez le pregunta si las condiciones del trabajo del demandante cambiaron con posterioridad al año 2005 a lo cual contestó "*cambió el horario porque en vacunación trabajaba de 8 a 12 y de 2 a 6 pero laboró igual para el Hospital Regional de Monquirá, [con posterioridad al año 2005 recibíamos ordenes] de control interno, gerencia, subgerencia (...) el horario siempre fue controlado por el Hospital (...) [que en una oportunidad] tuvo un llamado de atención por la atención de un usuario, es un llamado personal de control interno hacia el empleado [esos llamados de atención] inicialmente los hace la gerencia y la gerencia los pasa a control interno y luego a ellos, se les pasa a las Cooperativas (...) que [el señor Jaime Bacaes Ulloa] tenía relación directa con el almacenista del Hospital, el almacén junto con un Comité compra los medicamentos y esos medicamentos son entregados a la farmacia, entonces la persona encargada en ese momento era él, él era el que recibía los medicamentos y los distribuía en su respectivo orden, esto me consta porque lo vi*". La apoderada del demandante interroga a la testigo acerca de la fecha hasta la cual el demandante laboró como auxiliar de farmacia, a lo cual contestó "*fechas exactas no sé, pero más o menos hasta el 2012 fue retirado, él [Jaime Bacaes] ejercía las funciones de farmacia porque yo llevé laborando más o menos 30 años y en los 30*

años nunca fui retirada de la Institución y fue compañero de trabajo en la farmacia” (Min 29:18 a 37:08).

La señora Josefina Sandoval quien laboró como **auxiliar de enfermería** en la ESE Hospital Regional de Moniquirá desde el 16 de abril de 1991 hasta el 30 de mayo de 2015, afirma haber ingresado a trabajar al servicio de vacunación del Hospital y que por ello laboró con el demandante por espacio de cuatro años, afirmó que el Hospital lo ubicó en el despacho de farmacia *“él había hecho un curso, el Hospital mismo lo había preparado para eso [para desempeñarse en farmacia], [que luego de la reestructuración] el siguió trabajando normal en la farmacia hasta el año 2005 que fue cuando hicieron la reestructuración, cumplía el horario de 8 a 12 y de 2 a 6 todos los días, sábados y domingos también trabajaba (...) ya después lo vimos trabajando como si estuviera con el Hospital normal, él estaba trabajando en farmacia con el mismo horario y todo (...) desde que salió de vacunación siempre permaneció en la farmacia, él permaneció ahí hasta principios del 2012 (...) [en esa época] solamente él se desempeñaba como auxiliar de farmacia y también había un regente, [el horario del señor Jaime Bacares era controlado] por el Hospital, todo eso lo hace el Hospital” (Min 44:01 a 50:54).*

En el mismo sentido, el Médico Coordinador de la ESE Hospital Regional de Moniquirá manifestó en su declaración que se vinculó como **médico** en la ESE Hospital Regional de Moniquirá desde el 1 de mayo de 1999, que conoció al demandante *“cuando yo llegue al Hospital y hasta antes de la reestructuración siempre estuvo en la farmacia [el demandante] y estaba como auxiliar de farmacia y pues ahí lo que ellos normalmente hacen es la entrega o el despacho de los medicamentos (...) [con posterioridad a la reestructuración] ahí ya directamente fue entre Hospital y Cooperativa, es decir, las funciones fueron dadas por ese proceso, ya habían unos procesos más específicos, obviamente él continuó en la farmacia [antes del 2005 la labor de farmacia era desempeñada por] Jaime y don Pedro Cubides, eran los dos que trabajan allá y con posterioridad estaban Pedro Cubides, Jaime, los demás ya son más nuevos (...) ellos ya llevan varios años (Min 59:52 a 1:06:20).*

De lo anterior se constata que el conocimiento que las testigos tienen de los hechos es directo, dado que las tres se desempeñaban como auxiliares de enfermería y de información en salud y por tanto, tenían relación diaria y directa con el demandante, dado que era él quien distribuía los medicamentos para hospitalización y consulta externa, por tanto, su testimonio no es "*conveniente*", como lo califica el apelante, sino que es ajustado a la realidad y se limita a narrar de manera objetiva los hechos que por la cotidianidad del trabajo les constaban. Además, su dicho, en el sentido de que el demandante, con posterioridad a la reforma de la planta de personal del 2005, se mantuvo en el desempeño de las funciones de auxiliar de farmacia, fue confirmado por el Médico Coordinador de la ESE demandada, quien también manifestó que luego de esto, él continuó en esa labor.

Ahora bien, del interrogatorio rendido por el demandante se infiere que fue la entidad demandada la que lo capacitó en el servicio de farmacia pues indicó que "*el Hospital me mando a hacer un curso de farmacia en el año 90 por necesidad del servicio, en el año 1993 me llamaron a mí porque era el único que tenía el curso de auxiliar de farmacia (...) en la farmacia siempre hubo dos trabajadores, era la regente y el auxiliar de farmacia, entonces éramos dos, la regente que hacía su trabajo y el auxiliar de farmacia (...) como hubo cambios en el hospital, empezamos dos pero luego con los cambios del Ministerio el horario se fue ampliando a 24 horas la farmacia entonces fueron incorporando más personas a la farmacia*" (Min 1:14:33 a 1:26:25).

De lo anterior podría, *prima facie*, afirmarse que el señor Jaime Bacares Ulloa se desempeñó como auxiliar de farmacia con posterioridad a la reforma de personal llevada a cabo en la Entidad, para el año 2005 y que se mantuvo en dicha labor hasta *principios del año 2012*, como depuso una de las testigos y como lo halló probado el Juez de instancia; no obstante, la prueba documental arrimada al proceso denota que si bien el demandante con posterioridad a esa fecha se desempeñó en la aludida actividad solo que vinculado mediante empresas de intermediación laboral, lo cierto es que en ese lapso del 2005 al 2012 se presentaron

periodos de interrupción considerables en la prestación del servicio que no permitirían la configuración de los elementos de permanencia y necesidad del servicio, indispensables para estructurar la relación laboral. En efecto, de las pruebas documentales allegadas al proceso se advierte que el demandante prestó sus servicios cumpliendo las siguientes funciones y por los siguientes periodos:

Empresa de intermediación laboral	Funciones/ objeto del contrato	Periodo
ESE Hospital Regional de Monquirá (Orden de suministro profesional No. 24)	<i>Prestar sus servicios técnicos en el despacho de medicamentos en la farmacia de la Institución</i>	18, 19, 20, 21, 25, 26 y 27 de marzo de 2005 (fl. 92)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 251)	<i>"SUMINISTRAR EL SERVICIO DE despacho en Farmacia en las instalaciones del Hospital"</i>	1 mes contado a partir del 1 de septiembre al 15 de octubre de 2005 (fl. 218-219)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 224)	<i>Prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia (48) cuarenta y ocho horas semanales de lunes a domingo y festivos (...)</i>	1 mes y 16 días contados a partir del 23 de julio de 2006 hasta el 8 de septiembre de 2006 (fl. 220-222)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 253)	<i>Prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia (48) cuarenta y ocho horas semanales de lunes a domingo y festivos (...)</i>	3 meses y 21 días del 9 de septiembre de 2006 al 30 de diciembre de 2006 (fl. 223-224)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 353)	<i>Prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia (48) cuarenta y ocho horas semanales de lunes a domingo y festivos (...)</i>	6 días del 26 de diciembre de 2006 al 31 de diciembre de 2006 (fl. 225-226)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 01012007-45)	<i>prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia</i>	2 meses contados desde el 1 de enero de 2007 al 28 de febrero de 2007 (fl. 227-230)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 01032007-01)	<i>prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia</i>	2 meses contados desde el 1 de marzo de 2007 al 30 de abril de 2007 (fl. 227-230)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 01052007-45)	<i>prestar los servicios profesionales, auxiliar y de apoyo en las instalaciones del Hospital Regional de Monquirá (...) El servicio de despacho de farmacia</i>	1 mes contado a partir del 1 de mayo al 31 de mayo de 2007 (fl. 231-232)
Cooperativa de Trabajo Asociado Integrado de Servicios y Salud-CISS LTDA (Contrato 01012009-64)	EJECUCION DE PROCESOS TECNICOS OPERATIVOS DEL SERVICIO DE FARMACIA DE LA UNIDAD FUNCIONAL DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO	12 meses contados a partir del 1 de enero de 2009 (fl. 212-217)

ACCION SOLIDARIA CTA (Contrato 211-218)	<i>desarrollar las actividades del subproceso de farmacia</i>	1 mes y 9 días contados a partir del 22 de noviembre de 2011 (fl. 235-238)
ALTA EFECTIVIDAD EN PERSONAL LTDA AFENPE LTDA	AUXILIAR DE FARMACIA	1 de enero de 2012 a 31 de enero de 2012 (fl. 43-45)
ALTA EFECTIVIDAD EN PERSONAL LTDA AFENPE LTDA	AUXILIAR DE FARMACIA	1 de febrero a 28 de febrero de 2012 (fl. 46-48)
ALTA EFECTIVIDAD EN PERSONAL LTDA AFENPE LTDA	AUXILIAR DE FARMACIA	1 de marzo a 15 de marzo de 2012 (fl. 49-51)
ACCION SOLIDARIA CTA Contrato 2012-007)	PRESTACION DEL SERVICIO DE APOYO Y DESARROLLO TEMPORAL DE LAS ACTIVIADES DEL AREA ASISTENCIAL DE FARMACIA	6 meses contados a partir del 10 de marzo de 2012 (fl. 239-250)

Del estudio de la prueba documental relacionada en el cuadro que antecede, la Sala aprecia que entre el 18 y el 27 de marzo de 2005, el hoy demandante laboró para la ESE Hospital Regional de Monquirá en virtud de orden de prestación de suministro de servicios profesionales No. 24 que tuvo como objeto prestar sus servicios técnicos en el despacho de medicamentos en la farmacia de la institución; que entre el 1 de septiembre de 2005 y el 15 de octubre de 2005 el suministro de servicio de despacho de farmacia en las instalaciones del Hospital fue contratado por esta entidad con la cooperativa de trabajo asociado integrado de servicios y salud, CISS Ltda; con la misma CTA entre el 23 de julio y el 8 de septiembre de 2006, entre el 9 de septiembre y 30 de diciembre de 2006, entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de mayo de 2007, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2009; por 9 días, contados a partir del 22 de noviembre de 2011 se contrató el suministro de tales servicios con la CTA Acción Solidaria; entre el 1 de enero y el 15 de marzo de 2012 se contrató el suministro de los mismos servicios con la empresa Alta Efectividad en Personal Ltda, Afenpe Ltda, y, finalmente, por 6 meses contados a partir del 10 de marzo con la CTA Acción Solidaria.

Así las cosas, puede concluir la Sala, de una parte, que los contratos aportados como prueba documental demuestran que a partir del 18 de marzo de 2005, el Hospital Regional de Monquirá contrató la prestación de servicios de despacho de farmacia en la sede del hospital con empresas cooperativas de trabajo asociado, que sin embargo tales contrataciones no demuestran que haya habido continuidad en la prestación del servicio contratado, y, de otra parte, concluye que dada tal contratación, el hoy demandante pudo haber prestado servicios al Hospital en virtud de esos

contratos, y así se concluye porque no se allegó prueba documental que demuestre que el señor Jaime Bacares Ulloa haya sido integrante o afiliado de las cooperativas contratadas por el Hospital para la prestación de los servicios de farmacia o contratado por estas para prestar ese servicio.

Para establecer o desvirtuar esa prestación de servicio por el señor Bacares Ulloa al hospital demandado, se analiza a continuación la prueba testimonial recaudada en el sublite, apreciándose que si bien los testigos fueron coincidentes en afirmar que el mentado señor se desempeñó en la ESE Hospital Regional de Monquirá con posterioridad al 2005, año en que se llevó a cabo la supresión de su empleo, en las mismas funciones de auxiliar de farmacia que desempeñaba con anterioridad a ese suceso, y que continuó en esa condición hasta el año 2012, también lo es que tales declaraciones no permiten definir las fechas en que presuntamente se habría dado la relación laboral, lo que no permite a la Sala establecer la continuidad de la prestación del servicio ya que la contratación atrás relacionada, como se aprecia claramente, no es continua, y tal falta de continuidad no se desvirtúa con las declaraciones recibidas en el proceso.

Así las cosas, los requisitos de permanencia y necesidad, que permitirían indicar el actuar contrario a la prohibición legal de contratar con empresas de intermediación laboral el desarrollo de las funciones específicas del Hospital no se prueban; en otras palabras, el ánimo de la ESE demandada de emplear de manera permanente y continua los servicios de auxiliar de farmacia carece de prueba, y, como corolario, no es posible establecer que se trató de una verdadera relación laboral, pues la parte actora no logró desplazar la temporalidad y transitoriedad que caracteriza las vinculaciones precedidas por intermediación laboral.

Sobre esto el Juez de instancia dio por sentado, con base en las declaraciones de los testigos, que el señor Bacares Ulloa se desempeñó como auxiliar de farmacia entre los años 2005 a 2012 y que ello evidenciaba que las labores por él desempeñadas tenían el carácter de permanentes, sin embargo, de manera contradictoria y sin análisis alguno

en la sentencia recurrida también reseñó cronológicamente los contratos suscritos entre las empresas de intermediación laboral y la demandada, en los que se refleja las interrupciones en la prestación del servicio a que se hizo referencia y sobre las cuales no presentó análisis o conclusión alguna.

Ahora, los testigos también manifiestan que el señor Bacares Ulloa cumplía horario, el que fue modificado con posterioridad a la reforma de personal, pues la "Cooperativa" le estableció un sistema de turnos. No obstante, en cuanto a la subordinación, afirmaron que el demandante *siempre se dirigía al almacén para recoger los medicamentos*, también que *las órdenes las daba la gerencia* y que en una oportunidad fue objeto por parte de la gerencia de un llamado de atención por la queja de un usuario; sin embargo, tales manifestaciones no resultan suficientes para probar el elemento de la subordinación, dado que no prueban de manera categórica quién o quienes daban órdenes al demandante, sobre esto, la Sala es consciente de que un auxiliar de farmacia no cumple sus funciones de manera autónoma o independiente, sin embargo al plenario no se allegó la prueba que demostrara que aquel tenía un superior jerárquico o un funcionario del Hospital que supervisara o vigilara las labores por él desempeñadas.

Ahora, el panorama es aún más sombrío en el caso de probar el elemento de la **remuneración como contraprestación a la subordinación laboral**, pues al respecto no obra prueba documental alguna, y en sus testimonios las declarantes afirman que observaron que al demandante la Cooperativa le pagaba en *sobres que contenían el dinero* y que *últimamente les consignaban a una cuenta*.

Es que en casos como el estudiado, la prueba constituye una actividad procesal dirigida a la aportación al proceso de datos lógicos convincentes respecto a su exactitud y certeza. Se trata de una actividad procesal impulsada por las partes, tendiente a llevar a conocimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas, por lo que, era deber de la parte interesada conforme

al mandato del artículo 167 del CGP, procurar la aportación de la prueba al plenario, carga que no fue asumida con suficiencia por el demandante.

Por todo lo anterior puede la Sala afirmar que la parte actora no logró probar los elementos que desvirtuaran la relación de intermediación laboral y por ende no es dable dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los supuestos sujetos de la relación laboral (art. 53 CP) y por ende no puede cobijarse de la especial protección que garantiza el artículo 25 Superior.

Para la Sala no es de recibo el argumento del apelante en el sentido de que fue una política del Estado que con posterioridad a la supresión de la planta de personal, *todas las ESEs del País* hubiesen acudido a la intermediación laboral para el cumplimiento de sus fines, pues como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, figuras como las Cooperativas de trabajo asociado, en algunos casos se han utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados¹¹; sin embargo, tal razonamiento es válido para el caso en que se logre probar que la intermediación encubría una verdadera relación laboral, lo cual, como se ha explicado con suficiencia a lo largo de esta providencia, no fue demostrado por la parte actora.

En suma, la Sala no encuentra probados los elementos constitutivos de la relación laboral, especialmente el de la prestación de servicios continua y subordinada, razón por la cual se revocará la sentencia recurrida, pero por los argumentos expuestos en esta providencia.

- Costas

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación resultó favorable al recurrente y de que se revocará totalmente la sentencia de primera instancia, se condenará en costas en ambas instancias a la parte

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 5 de octubre de 2017. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Exp. 2617-14

demandante, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G. del P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja. En su lugar se dispone:

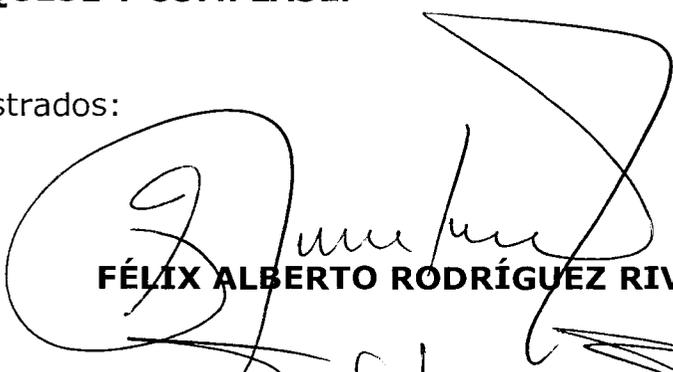
"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda"

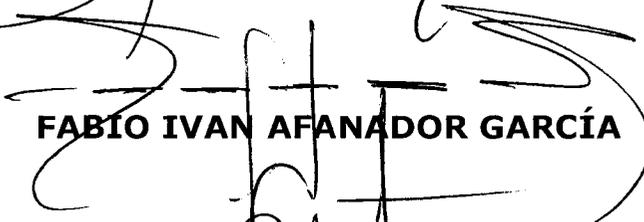
SEGUNDO: CONDENAR en costas en primera y segunda instancia a la parte actora, conforme lo expuesto.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 97 19 JUL 2016
26
EL SECRETARIO