



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, **130 MAY 2019**

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SUANY GIRALDO JIMÉNEZ

DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACÁ

RADICADO: 1500123330002015-00460-00

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovida por la señora SUANY GIRALDO JIMÉNEZ en contra de la E.S.E. HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACÁ.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA. Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **SUANY GIRALDO JIMÉNEZ** solicitó que se declare el silencio administrativo negativo producto de la falta de respuesta a la petición formulada el 30 de julio de 2013 en la que solicitó se declarara que existió una relación laboral entre la señora SUANY GIRALDO JIMÈNEZ y

la E.S.E. JOSÈ CAYETANO VASQUES por el periodo comprendido del 19 de noviembre de 2004 al 16 de julio de 2016, y en consecuencia que le pagara los emolumentos laborales adeudados como contraprestación de los servicios prestados como odontóloga de manera continua y subordinada.

A título de Restablecimiento del Derecho pidió que se declare que existió una relación laboral entre la señora SUANY GIRALDO JIMÈNEZ y la E.S.E. JOSÈ CAYETANO VASQUES por el periodo comprendido del 19 de noviembre de 2004 al 16 de julio de 2013, y como consecuencia de ello que se condene a la entidad demandada pagar por concepto de salarios pendientes y diferencias salariales la suma de \$15.416.000, así como al pago de prestaciones sociales en la suma de \$59.668.000, valores que solicita sean indexados y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que laboró como odontóloga de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, mediante sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos en forma directa y con intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado CICODIS, COEXTRA, SANARTE y COOPTRASONAL, del 22 de noviembre al 23 de diciembre de 2004- en el puesto de salud de Puerto Pinzón; del 2 de enero al 15 de mayo de 2005, del 16 de mayo al 18 de junio de 2005, del 27 de junio al 27 de octubre de 2005, entre el 1 y el 15 de diciembre de 2005, del 2 de enero al 30 de junio de 2006, del 4 de julio al 30 de agosto de 2006, entre el 1 y el 30 de septiembre de 2006, del 1 al 31 de octubre de 2006, del 1 al 31 de enero de 2007, del 1 al 28 de febrero de 2007, del 1 al 31 de marzo de 2007, del 1 al 30 de abril de 2007, del 1 al 31 de mayo de 2007, del 1 al 30 de junio de 2007, del 1 al 31 de julio de 2007, del 1 al 31 de agosto de 2007, del 1 al 30 de septiembre de 2007, del 1 al 31 de octubre de 2007, del 1 a 30 de noviembre de 2007, del 1 al 31 de diciembre de 2007, del 1 al 31 de enero de 2008, del 1 al 28 de febrero de 2008, del 1 al 31 de marzo de 2008, del 1 al 30 de abril de 2008, del 1 al 31 de mayo de 2008, del 1 al 30 de junio de 2008, del 1 de enero al 30 de noviembre de 2011 y del 1 de septiembre de 2012 al

30 de junio de 2013 en el Hospital José Cayetano Vásquez.

Adicionalmente, precisó que las labores que cumplía la demandante consistían en la atención de usuarios de las diferentes entidades con las que la demandada tenía convenio, que el último salario devengado fue de \$2.400.000, adeudándole los salarios de diciembre de 2012 y del mes de julio de 2013, que entre la entidad demandada y las entidades intermediarias antes mencionadas se suscribieron convenios interinstitucionales, cuyo objeto era el suministro de personal médico para la prestación de servicios en las instalaciones de la entidad contratante y al amparo de esos convenios, la actora en algunas ocasiones fue contratada para prestar sus servicios personales en la entidad demanda.

Indicó que el cumplimiento de las funciones del cargo lo realizaba en un horario de las 8:00 a.m. a la 6:00 p.m. todos los días de la semana, sin que el Hospital le haya reconocido pago alguno por tiempo suplementario y a pesar de haber cumplido a cabalidad con las funciones como, odontóloga, el día 16 de julio de 2013 el ente hospitalario demandado decidió de manera unilateral y sin justificación alguna, dar por terminado el contrato de prestación de servicios, sin realizar el pago de horas extras, dominicales y prestaciones sociales (fls. 2 a 4).

2.2. Admisión de la demanda y trámite:

Mediante providencia del 28 de julio de 2015 la demanda fue inadmitida, y al haber sido subsanada adecuada y oportunamente, fue admitida por auto de 20 de agosto de 2015 (fl. 140), imprimiéndosele el trámite correspondiente al proceso ordinario de primera instancia, previsto en el numeral 2 del artículo 152 de C.P.A.C.A.

2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

2.3.1. E.S.E. HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACÁ: La apoderada de la E.S.E. manifestó que las declaraciones y

condenas carecen de fundamento debido a que entre el Hospital y la demandante se suscribieron contratos y ordenes de prestación de servicios profesionales, los cuales no generaban relación laboral alguna, al no existir subordinación ni dependencia, como tampoco pago de salarios, aunado al hecho de que la entidad hospitalaria, posteriormente suscribió contratos para el desarrollo del proceso de contratación de profesionales con empresas y cooperativas autorizadas para el efecto, conforme lo establece el Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006, y la ley 1233 de 2008, sin que la E.S.E haya contratado personal de manera directa o indirecta, por lo que no se puede pretender que el hospital asuma pago alguno por los valores reclamados.

Adicionalmente, indicó que el hospital realizó un proceso de reestructuración de la planta de personal en el año 2004, con el fin de evitar la liquidación del mismo, soportado en unos estudios técnicos que sirvieron de fundamento para suprimir algunos cargos en la planta de personal, suscribiéndose posteriormente el convenio de desempeño No. 00386 en el que se estipuló la imposibilidad de crear nuevos cargos hasta la terminación del mismo, razón por la que hasta el año 2015 se hizo necesario la contratación de servicios profesionales para el desarrollo de procesos y subprocesos en el área de la salud, a través de cooperativas de trabajo asociado, sin que tal actuación determine desviación de poder, como lo señala el demandante, debido a que la referida contratación se realizó por necesidad del servicio y para garantizar la prestación del servicio de salud, teniendo en cuenta que en la planta de personal del Hospital no se encontraba incluido el cargo de odontóloga, sin que en el trámite contractual se hayan quebrantado los principios de la contratación pública, debido a que tal contratación se realizó mediante convocatoria pública (fls. 164-194).

2.3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE LAS ENTIDADES LLAMADAS EN GARANTÍA: El Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá allegó, junto con el escrito de contestación de la demanda, solicitud de llamamiento en garantía para conformar litis consorcio necesario a las Cooperativas de Trabajo Asociado CICODIS,

COOEXTRA, SANARTE y COOPTRASONAL. Por lo anterior, mediante auto del 30 de agosto de 2016 se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva a las Cooperativas antes mencionadas (fl.206-209).

2.3.2.1 COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COEXTRA: Le fue designado Curador ad-lítem, quien propuso como excepción de mérito las que denominó como *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* e *"inexistencia del derecho pretendido, para que la cooperativa de trabajo asociado coextra responda por un contrato firmado y sin requisito de vinculación"*. Respecto de los hechos y pretensiones propuestos por la accionante, se opuso a cada una de ellas considerando que la Cooperativa de trabajo asociado Coextra no puede responder por prestaciones y salarios de una persona con la que no ha contratado ni ha tenido dependencia y tampoco ha ejercido funciones a favor de dicha cooperativa, y menos cuando la demandante solo indica en la demanda como responsable del pago de las prestaciones sociales al Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, al ser la entidad con la que firmó los contratos de prestación de servicios en cuestión (fls. 293- 296).

2.3.2.2. COOPERTAIVA DE TRABAJO CICODIS: Le fue asignado Curador ad-lítem, quien propuso como excepciones de fondo, la de *"falta de legitimación por pasiva por no existir prueba donde se evidencie intermediación de su representada"*, *"prescripción"* y *"excepción genérica u oficiosa"*. Frente a los hechos de la demanda manifestó que no le constan, y en cuanto a las pretensiones indicó que ni se allanaba ni se oponía, teniendo en cuenta la condición en la que actúa y al no haber podido tener comunicación de ninguna clase con su representada, por lo que manifiesta que se atiene a lo que resuelva el Despacho teniendo en cuenta el debate probatorio (fls. 310- 312).

2.3.2.3. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO NACIONAL COOPTRASONAL: Le fue asignado Curador ad-lítem, quien propuso como excepciones de fondo las de *"inexistencia de vínculo laboral entre la entidad vinculada Cooperativa de Trabajo Asociada Nacional Cooptrasonal y la demandante Suany Giraldo Jiménez"* teniendo en

cuenta que de los documentos aportados en la demanda se puede establecer que el lugar en dónde prestó los servicios la demandante como odontóloga fue en la ESE Hospital San Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá. Con fundamento en lo anterior señaló que se opone a la prosperidad de cada una de las pretensiones y frente a los hechos manifestó que se atiene a lo probado y lo que se llegue a probar (fls. 318-320).

2.3.2.4. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO- SANARTE CTA:

Le fue asignado Curador ad-lítem, quien propuso como excepciones de fondo las de "buena fe", "falta de derecho para reclamar", "imposibilidad de aplicar el régimen laboral ordinario y/o público a la demandante por ser socia-trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado", "prescripción de los derechos laborales" y "excepción genérica o innominada".

Respecto a las pretensiones de la demanda, indicó que se opone a cada una de ellas por carecer de fundamento legal, fáctico y probatorio, aduciendo que el sistema legal del trabajador asociado no se regula por el régimen laboral ordinario, y por ende no tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de los derechos laborales por no ser un trabajador dependiente y subordinado, adicionado a que la demandante mientras debió estar en su frente de trabajo en virtud de la presunta contratación suscrita entre la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez y Sanarte CTA, debió efectuar un aporte laboral a su organización cooperativa, por lo que jamás estuvo subordinada a Sanarte CTA ni al Hospital José Cayetano, y por ende, no pudo tener un contrato de trabajo.

Adicionalmente, sostiene que la demandante no prestó, a nombre de Sanarte CTA, servicio personal alguno a favor del Hospital José Cayetano Vásquez en los meses de diciembre de 2012 y julio de 2013, tampoco ha realizado reclamación administrativa ante esa entidad, y que en el caso de considerar procedente el reconocimiento de derechos salariales y prestacionales, estos se encontrarían prescritos en su totalidad (fls. 340-

365).

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La apoderada de la parte demandante guardó silencio

- Parte demandada:

2.4.1. COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO NACIONAL-COOPTRASONAL: El curador ad-lítem de la entidad reiteró los argumentos planteados en el escrito de contestación de la demanda, e indicó que se debe declarar probada la excepción de "inexistencia de vínculo laboral entre la entidad vinculada Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional- Cooptrasonal y la demandante Suany Giraldo Jiménez" (fls.411-412).

2.4.2. E.S.E. HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VÁSQUEZ: El curador ad-lítem asignado igualmente reiteró los argumentos de defensa planteados en el escrito de contestación de la demanda, y solicita no se acceda a las súplicas de la demanda y se absuelva a la demandada, o en su defecto, se profiera fallo inhibitorio (fls. 413- 422).

2.4.3. COOPERATIVA DE TRABAJO CICODIS: El Curador Ad-Lítem designado manifestó que en el expediente no obra prueba de la que se evidencie la intervención y/o intermediación de la Cooperativa CICODIS y que en el interrogatorio de parte realizado a la demandante, al preguntarle en qué periodo y cuál fue el vínculo que tuvo con dicha Cooperativa, inexactamente señala los años 2005 y 2006, guardando silencio respecto de lo demás, por lo que adujo que al no estar probada la existencia de relación alguna con la Cooperativa Cicodis, se debe declarar probada las excepciones propuestas.

Las Cooperativas COOEXTRA y SANARTE C.T.A., guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se contrae a determinar si la vinculación de la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ con la ESE JOSE CAYETANO VASQUEZ de Puerto Boyacá, como odontóloga en el lapso comprendido entre el 19 de noviembre de 2004 y el 16 de julio de 2013, estuvo regida por un contrato de prestación de servicios o si la misma configura una relación de trabajo y en caso de configurarse esta, establecer si es procedente declarar que no hubo solución de continuidad y si tiene derecho a que se le paguen salarios, prestaciones y licencia de maternidad.

Adicionalmente, deberá determinarse si la demandante se asoció a las cooperativas de trabajo asociado COEXTRA, CICODIS, COOPTRASCOL y SANARTE y si las mismas fueron o no intermediarias en la relación laboral que se acredite entre la ESE demandada y la demandante.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **(i)** Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado; **(ii)** De las cooperativas de trabajo asociado y las empresas de intermediación laboral; **(iii)** De la prescripción extintiva de los derechos laborales; y **iv)** Caso Concreto.

3.2.2 Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado¹

Sobre el particular, la ley 10 de 1990² 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.

¹ 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

² "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

Por otro lado, la ley 1438 de 2011³, 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 o con 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 entidades**⁴.

³ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

⁴ 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.

(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.

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 entidad⁵, (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 1438 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 tenga sustento 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.

3.2.3. 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

(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 deslaboralización 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 (...)"

⁵ En la sentencia, la Corte indica que en estos casos, la entidad debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal

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.⁶

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 actúen como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios⁷**, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores de estos, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes, y en tal caso, sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado⁸.

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.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2017.C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Exp. 1486-15

⁷ *Ibidem*

⁸ En este mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia de 27 de abril de 2016.

Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones, cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación, y (iii) contraprestación por la función desarrollada⁹.

3.2.4. De la prescripción extintiva de los derechos laborales.

La Corte Constitucional ha señalado que la prescripción trienal de la acción laboral resulta proporcionada con las necesidades y no atenta contra la igualdad¹⁰, de allí que esta figura evite la prolongación en el tiempo de litigios que eventualmente puedan ocasionar una perturbación económica y jurídica a las personas o al mismo Estado.

Ahora bien, la Sala Plena de la Sección segunda del Consejo de Estado, en **sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016**¹¹, precisó que si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la *"...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"* (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Entonces, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la

⁹ A esta conclusión llegó el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, sentencia de 13 de agosto de 2018, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuete, Expediente: 23002-23-33-000-2013-00330-01 (1877-2015)

¹⁰Corte Constitucional, Sentencia C-072 de 1994.

¹¹ Expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cueter.

prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio, por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios¹².

Caso concreto

Procederá la Sala, a partir de los presupuestos fácticos obrantes en el plenario y de los fundamentos normativos atrás decantados, a establecer si en el *sub examine* se encuentran acreditados los elementos que configuran la existencia de una relación laboral a saber: la prestación personal del servicio, la contraprestación y la subordinación.

Como pruebas de la **PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO, Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** percibida por la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ por tal concepto, obran en el plenario los continuos contratos de prestación de servicios suscritos de manera interrumpida entre la demandante y la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá desde el 22 de noviembre de 2004 hasta el 1º de julio de 2013 (fls. 23 a 86), en los siguientes términos:

ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	OBJETO	VALOR	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	DURACIÓN
No. 211 (fl. 23 a 25)	Prestación de servicio de atención odontológica a la comunidad de la Vereda Puerto Pinzón, en el Municipio de Puerto Boyacá según programación previamente concertada entre las partes.	\$2.086.976,00	22 de noviembre de 2004	23 de diciembre de 2004	32 días
No. 019 (fls. 26 a 28)	Prestación de servicio de atención odontológica a 145 usuarios promedio, en la ESE demandada, según	\$533.333,00	25 de enero de 2005	02 de febrero de 2005	7 días

¹² Óp. cit. Pg. 15

	programación previamente concertada entre las partes.				
No. 031 (fls. 29 a 31)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.400.000	1º de febrero de 2005	30 de febrero de 2005	30 días
No. 039 (fls. 32 a 34)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.400.000,00	1º de marzo de 2005	30 de marzo de 2005	30 días
No. 045 (fls. 35 a 37)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.400.000,00	1º de abril de 2005	30 de abril de 2005	30 días
No. 063 (fls. 38 a 40)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$700.000	1º de mayo de 2005	15 de mayo de 2005	15 días
No. 67 (fls. 41 a 43)	Prestación de servicio de atención odontológica a la comunidad de la Vereda el Marfil en el Municipio de Puerto Boyacá, según programación previamente concertada entre las partes.	\$2.762.444,00	16 de mayo de 2005	18 de junio de 2005	34 días
No. 081 (fls. 44 y 45)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.940.000	27 de junio de 2005	26 de julio de 2005	30 días
No. 094 (fls. 46 y 47)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.940.000	26 de julio de 2005	24 de agosto de 2005	30 días
No. 107 (fls. 48 a 50)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.940.000	25 de agosto de 2005	23 de septiembre de 2005	30 días
No. 117 (fls. 51 a 53)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.940.000	1º de octubre de 2005	30 de octubre de 2005	30 días
No. 124 (fls. 54 a 56)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.940.000	27 de octubre de 2005	25 de noviembre de 2005	30 días
No. 138 (fls. 57 a 57 a 59)	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$2.204.546	1º de diciembre de 2005	25 de diciembre de 2005	25 días
No. 153	Prestación de servicio de atención odontológica a 396 usuarios promedio, en la ESE		1º de enero de 2006	30 de junio de 2006	6 meses

(fls. 60 a 62)	demandada, según programación previamente concertada entre las partes.	\$12.222.000 \$2.037.000 mensual			
OTRO SI al cto No. 153		\$14.259.000 \$2.037.000 mensual	4 de julio de 2006	25 de julio de 2006	22 días
No. 227 (fls. 64 a 67)	Prestar los servicios profesionales de atención odontológica en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez, según programación previamente concertada entre las partes.	\$1.732.500	1º de septiembre de 2006	1º de octubre de 2006	1 mes
Certificación expedida el día 14 de enero de 2009 por el Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA (fl. 91).			1º de enero de 2007	14 de enero de 2009	2 años y 13 días
No. 246 (fl. 79 y 83)	Cubrir el servicio odontológico de conformidad con el requerimiento del servicio	\$4.500.000 Valor adicionado \$329.048	1º de octubre de 2009	25 de enero de 2010	2 meses y 24 días
No. 300 (fls. 68 a 71 y 85)	Realizar los procedimientos ambulatorios de odontología, de conformidad con el requerimiento propio del proceso.	\$7.200.000 \$12.380 valor hora	1º de septiembre de 2012	31 de diciembre de 2012	3 meses y 30 días
No. 051 (fls. 73 a 77 y 86)	Realizar los procedimientos ambulatorios de odontología, de conformidad con el requerimiento propio del proceso.	\$14.400.000 \$12.380 valor hora	02 de enero de 2013	31 de julio de 2013	6 meses y 29 días

Hasta este punto, dirá la Sala que en vista de que la demandante radicó derecho de petición el día **30 de julio de 2013** ante el Hospital San Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, solicitando el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar durante la relación laboral existente durante “los meses de diciembre de 2012 y julio de 2013”, fuerza concluir que los derechos salariales y prestacionales que en el sub judice pretende la actora le sean reconocidos por el periodo comprendido del 19 de noviembre de 2004 al 30 de julio 2010, se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción trienal.

Sin embargo, comoquiera que los aportes al Sistema de Seguridad Social y especialmente los del Sistema General de Pensiones, como lo ha definido la ley y la abundante jurisprudencia constitucional, no pertenecen al empleador ni al trabajador o a la administradora o entidad correspondiente, debido a que se trata de bienes públicos de naturaleza

parafiscal¹³, que no constituyen impuestos ni contraprestación salarial, lo que implica que dichos valores no pueden destinarse a otros fines diferentes a los previstas en la norma especial aplicable al Sistema, ello significa que si la prescripción se predica de derechos de libre disposición y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en tanto constituyen recursos de orden parafiscal no son de libre disposición, forzoso resulta concluir que los aportes destinados al Sistema General de Pensiones no tienen término prescriptivo alguno.

De acuerdo con lo anterior, procede la Sala a verificar con base en las pruebas obrantes en el plenario, si durante el periodo que se encuentra prescrito, esto es, **del 19 de noviembre de 2004 al 30 de julio 2010**, se configuraron los presupuestos para declarar la existencia de la relación laboral, a fin de establecer si resulta posible ordenar el pago de los aportes pensionales que como se dijo, éstos no tienen término prescriptivo alguno.

- DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL POR EL PERIODO COMPENDIDO DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2004 AL 30 DE JULIO 2010

Al efecto dirá la Sala que durante el periodo comprendido **19 de noviembre de 2004 al 31 de diciembre de 2006**, no fue allegada prueba alguna que permita determinar la existencia de una relación laboral, pues a pesar de estar demostrada la prestación del servicio con la relación de los contratos de prestación de servicios relacionados en el cuadro precedente así como la remuneración percibida como contraprestación del mismo, no fue allegada prueba de la que se puede

¹³ Corte Constitucional, Sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, entre muchas otras.

Corte Constitucional, Sentencia C-895 de 02 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Referencia: expediente D-7749

“3.2.- Con el propósito último de asegurar estándares mínimos en la realización de este derecho, el Constituyente previó el destino exclusivo de los fondos de la seguridad social, al señalar de manera expresa que *“no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”* (art.48 CP).

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal¹³.”

evidenciar la existencia de subordinación durante este tiempo, pues parte de las manifestaciones hechas en tal sentido tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte absuelto por la actora, no existe prueba documental ni testimonial que corrobore la mismas. De manera que al no acreditarse el elemento de la subordinación, no resulta posible declarar la existencia de la relación laboral por dicho periodo, y tampoco es viable ordenar el pago de aportes pensionales por dicho periodo.

Sin embargo, no sucede lo mismo respecto al periodo laborado por la actora mediante contrato de prestación de servicios en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez del Municipio de Puerto Boyacá, **del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009 y del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009**, espacio en el que además de demostrarse que estuvo ***"asociada a la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA aportando sus servicios como ODONTÓLOGA dentro de contrato para el desarrollo del subproceso de ODONTOLOGÍA contratado con el HOSPITAL JOSE CAYETANO VASQUEZ de Puerto Boyacá"*** (fls. 90 y 91), se acreditó la existencia de **SUBORDINACIÓN** durante dicho término, a través de MEMORANDO de fecha 05 de octubre de 2007, suscrito por el Departamento de Personal de la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA, y dirigido a la actora, en el que además de haberle llamado la atención por el incumplimiento del horario laboral, se le exigió el cumplimiento del mismo **de 7 am a 12m y de 2 pm a 6 pm** (fl. 88).

De lo anterior se infiere, que además de estar demostrada la existencia de la relación laboral entre la actora y la E.S.E demandada durante el periodo comprendido del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009 y del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009, también se evidenció que la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA actuó como una empresa de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de la demandante- como asociada- para suministrar mano de obra temporal a un tercero, esto es, a la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, y aunado a ello, permitiendo la existencia de relaciones de subordinación, actuaciones que como se dejó establecido en el marco

normativo de ésta providencia, le está prohibida, y que da lugar a que los directivos de la misma sean solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado¹⁴.

Por consiguiente, y a pesar de que el derecho de acción para reclamar los derechos salariales y prestacionales por el término en que se demostró la existencia de la relación laboral se encuentra prescrito (del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009 y del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009), como se dejó señalado en líneas precedentes, el reconocimiento de los aportes pensionales no lo están por tratarse de aportes parafiscales, por lo tanto, resulta procedente ordenar que la E.S.E demandada y a la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA paguen de manera solidaria los aportes pensionales a nombre de la actora por dicho término.

- DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL POR EL PERIODO COMPENDIDO DEL 1º DE SEPTIEMBRE DE 2012 AL 31 DE JULIO DE 2013.

Al evidenciarse que existió una interrupción contractual (ops) del 25 de enero de 2010 al 1º de septiembre de 2012, y que el derecho de acción para reclamar los salarios y prestaciones sociales que se puedan derivar de las OPS suscritas del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013 no se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, procede la Sala a verificar la existencia de la relación laboral en los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante con la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, durante éste último periodo, así:

Como se dejó señalado en el cuadro relacionado, la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ suscribió contratos de prestación de servicios Nos. 300 y 050 con la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, por el periodo comprendido del 1º de septiembre de 2012 al 31 de

¹⁴ En este mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia de 27 de abril de 2016.

diciembre de 2012 por valor de \$7.200.00, y del 02 de enero de 2013 al 31 de julio de 2013 por valor de \$14.400.000, respectivamente, señalándose como objeto de los mismos, los siguientes:

"CALSUSULA PRIMERA.- OBJETO. El contratista en ejecución del presente contrato se compromete a realizar los procedimientos ambulatorios de Odontología de conformidad con el requerimiento propio de proceso. **PARÁGRAFO PRIMERO:** Obligaciones especiales del contratista. **1)** Consulta ambulatoria Odontología- Proceso ambulatorio. **2)** Valoración odontólogo general- Proceso de Urgencias. **3)** Realizar las actividades según la demanda de usuarios de odontología aplicando los conocimientos propios. **4)** Actuar con plena eficacia y responsabilidad, desarrollando y/o ejecutando todas aquellas actividades que sean compatibles con el objeto del contrato. **5) cubrir la totalidad del procedimiento con el desarrollo de actividades programadas por entidad y la atención de urgencias con disponibilidad total las 24 horas al día.** **5)** Atención de consulta prioritaria de conformidad con los requerimientos de la entidad. **6)** Realizar valoraciones odontológicas en el área de hospitalización. **7)** Velar por la adecuada y racional utilización de los recursos de la institución y demás equipos y elementos del Hospital que sean destinados para el cumplimiento de sus actividades contractuales. **8) Realizar todas y cada una de las actividades asignadas por el Hospital en virtud del presente contrato.** **9)** Actuar con plena eficacia y responsabilidad, desarrollando y/o ejecutando todas aquellas actividades que sean compatibles con el objeto del contrato. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones relacionadas dará lugar a la declaratoria de caducidad del presente contrato y a las sanciones pertinente."

Ahora, en lo que respecta al elemento de la **SUBORDINACIÓN**, entendido como el elemento estructural de toda relación laboral, debe indicar la Sala que el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente¹⁵, ha señalado que: **(i)** la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; **(ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud,** que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de

¹⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca y Consejo de Estado, sección segunda, sub sección B, sentencia de 5 de octubre de 2017, expediente 66001-23-31-000-2011-00136-01 (2617-14); actor Francisco Javier López Cardona, demandado Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

prestación de servicios una verdadera relación laboral y **(iii)** por el hecho de que se declare 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, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

Ahora bien, 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)”; **(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 laboral¹⁶.

¹⁶ Corte Constitucional C- 171 de 2012.

Entonces, con el fin de determinar si el servicio prestado por la actora en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, mediante los contratos de prestación de servicios suscritos del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, corresponde al objetivo inherente de la entidad, o al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la ESE, dirá la Sala que en el Decreto No. 001526 de 27 de diciembre de 1995 "*por el cual se reestructura el Hospital José Cayetano Vásquez del Municipio de Puerto Boyacá como una Empresa Social del Estado del orden Departamental*", se dejó establecido como OBJETIVO de la Empresa, el siguiente: "***la prestación de servicios de salud, entendidos como servicio público y parte del Sistema de Seguridad Social en Salud***" (Art. 4º). Igualmente, en su artículo 5º, señaló, entre otros, el siguiente objetivo: "(...) ***c. Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la empresa pueda ofrecer, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles. (...) h. Prestar los servicios de salud que satisfagan de manera óptima las necesidades y expectativas de la población en relación con la promoción, el fomento y la conservación de la salud y la prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.***" (fls. 126 y 127) (Negrilla y resaltado fuera del texto).

De lo anterior se colige que a pesar de hacer parte del servicio de salud- el de ODONTOLOGÍA, cuyo servicio a favor de la población requiere en muchas ocasiones de un tratamiento y de rehabilitación, se evidencia que en el sub judice la E.S.E. demandada, con el fin de garantizar la prestación de dicho servicio- que hace parte del giro ordinario de sus labores-, vinculó a una profesional en odontología, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos de manera interrumpida del 19 de noviembre de 2004 al 31 de julio de 2013, lo que prima facie deja entrever que la ESE demandada utilizó ésta forma de contratación para prestar un servicio que hace parte del giro ordinario de sus funciones y que se requiere de carácter **PERMANENTE**, lo que contraviene la finalidad de éste tipo de vinculación contractual (ops), cuyas características son entre otras, la temporalidad para desarrollar actividades nuevas que no puedan ser realizadas con el personal de

planta o se requiera de conocimientos especializados, o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por exceso de carga laboral para el personal de planta.

Aunado a lo anterior, considera la Sala que el elemento de subordinación se encuentra igualmente evidenciado con el OBJETO de los Contratos de Prestación de Servicios Nos. 300 de 01 de septiembre de 2012 y 051 de 02 de enero de 2013, al establecerse entre ellos el ***"5) cubrir la totalidad del procedimiento con el desarrollo de actividades programadas por entidad y la atención de urgencias con disponibilidad total las 24 horas al día"***, actuación que fue corroborada por la accionante en su declaración de parte al indicar que en una agenda del Hospital José Cayetano Vásquez, se programaban citas con los pacientes desde las 7 de la mañana cada 20 minutos paciente hasta las 6 de la tarde el ultimo paciente era a las 5:20, y que tenía que estar disponibles las 24 horas en caso de una urgencia en la noche.

Bajo dicho contexto, resulta evidente que en los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora con la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá por el periodo comprendido del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, se encuentra encubierta una relación laboral, circunstancia que conlleva a que la ESE demandada le reconozca y pague a la actora, a título de indemnización, el equivalente de las **prestaciones sociales ordinarias** devengadas por los empleados de planta vinculados de manera legal y reglamentaria y que desempeñen las mismas funciones que realizaba la demandante en la administración municipal, pero tomándose como base el valor pactado en cada uno de los contratos de prestación de servicios.

En este punto, considera la Sala importante señalar que aunque en certificación expedida el día 11 de julio de 2011 por el Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado NACIONAL COOPTRASONAL, se hizo constar que la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ era asociada de la Cooperativa y prestó sus servicios en el perfil de ODONTOLOGA, en el

proceso de odontología, **mediante convenio de Trabajo Asociado a término indefinido desde febrero de 2011**, con una compensación básica de \$535.000 más Auxilios Solidarios de \$1.313.299 (fl. 84), y que la actora en su declaración dio a entender que las Cooperativas de Trabajo Asociado con las que estuvo afiliada eran intermediarias en los contratos de prestación de servicios que suscribió con la E.S.E. demandada, lo cierto es que de la referida certificación no se tiene certeza si la demandante estuvo afiliada a dicha Cooperativa por el periodo comprendido del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, y tampoco fue allegada al plenario prueba clara y fehaciente de que haya existido subordinación de la actora respecto de la referida Cooperativa durante el periodo aludido en el que la actora prestó sus servicios como odontóloga a la E.S.E. demandada, razones por las que se eximirá de responsabilidad en el pago de la condena que resulte **por el periodo aludido**, a las Cooperativas de Trabajo Asociado llamadas en garantía al presente proceso, esto es, a CICODIS, COEXTRA, SANARTE y COOPTRASONAL.

En consecuencia, se ordenará a la E.S.E. José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá pagar a favor de SUANY GIRALDO JIMENEZ las siguientes prestaciones sociales ordinarias por el periodo comprendido del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013:

1. **Cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y prima de navidad.** Si no existe afiliación a un fondo privado de cesantías, la entidad demandada deberá asumir el pago del auxilio de cesantía y de los intereses correspondientes en forma directa.

En lo que respecta a las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral:

❖ **Se reconocerán las siguientes:**

1. Que el tiempo laborado por la actora mediante contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada del 1º de enero de 2007 al 31 de julio de 2013, sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Para efectos de precisar cuál debe ser el monto que debe pagar el ente demandado por concepto de aportes a pensión de la demandante, resalta la Sala que de conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 22 de la Ley 100 de 1.993¹⁷, el empleador responderá por la totalidad del aporte, haya o no efectuado el descuento al trabajador. Por lo tanto, la reparación del daño en el *sub-lite* será la totalidad de dichos montos, sumas que desde luego deberán ser actualizadas de conformidad con el índice de precios al consumidor y que corresponderán a cada uno de los meses en que la actora prestó servicios a la ESE demandada en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios, esto es, del 19 de noviembre de 2004 al 31 de julio de 2013, debiéndose trasladar esas sumas a la administradora de pensiones en la que se encuentre o haya estado afiliada la demandante, o en su defecto, a la que ella determine, siempre y cuando no se haya efectuado ese pago durante la relación de trabajo.

❖ **Se negarán las siguientes:**

- 1. Riesgos profesionales:** como quiera que los riesgos a los que eventualmente estuvo expuesta la demandante, siempre estuvieron en cabeza de la entidad contratante, de tal manera que si el contratista hubiese sufrido algún accidente de trabajo o padecido una enfermedad profesional, quien tendría que asumir los posibles gastos habría sido el empleador.
- 2. Subsidio Familiar:** La parte actora no probó tener personas a cargo como lo exige el numeral 4º del artículo 18 de la Ley 21 de 1982¹⁸

Por las razones expuestas, se declarara probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos salariales y prestaciones del 1º de enero de 2007 al 30 de julio 2010, con excepción de los derechos pensionales causados por el periodo comprendido del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009 y del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009, de acuerdo con las razones antes expuestas.

¹⁷ El artículo 22 de la Ley 100 de 1.993, prescribe: "ART 22. - *Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.*

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador." (negrilla y subrayado fuera del texto)

¹⁸ **Artículo 18º.** Son beneficiarios del régimen del subsidio familiar los trabajadores al servicio de los empleadores señalados en el artículo 7º que, además, reúnan los siguientes requisitos:

1º. Tener el carácter de permanentes;

2º. Encontrarse entro los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3º. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajador indicados en el artículo 23, y

4º. **Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.**

Igualmente, se declarara la nulidad del acto administrativo acusado, y consecuentemente se declarará la existencia de la relación laboral entre la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ y la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, por los periodos comprendidos del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009, así como del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009, y del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, y consecuentemente, se ordenará a la ESE demandada pagar a la actora, a título de indemnización, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, la prima de vacaciones y prima de navidad dejadas de percibir sólo del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, debido a que las prestaciones por el termino laborado con antelación se encuentra prescrito como se dejó expuso en líneas precedentes.

COSTAS

La Sala impondrá condena en costas a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por encontrarse causadas, conforme lo establecen los numerales 1 y 8 del artículo 365 del C.G.P. Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P.

IV. DECISION

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: Declarar probadas las excepciones de "*Caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá*", propuesta por la ESE demandada y por la Cooperativa de trabajo Asociado CICODIS, por las

razones antes expuestas, respecto del periodo comprendido del 19 de noviembre de 2004 al 30 de julio 2010, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo producto de la petición elevada por SUANY GIRALDO JIMENEZ el día 30 de julio de 2012 en la que solicitó el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar durante la relación laboral existente durante “los meses de diciembre de 2012 y julio de 2013”.

TERCERO: Declarar la existencia de relación laboral entre la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ y la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, durante el periodo comprendido del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009, así como del 03 de enero al 30 de octubre de 2009, y del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013.

CUARTO: ORDENAR a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá pagar a la actora, a título de indemnización, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones, la prima de vacaciones y la prima de navidad no pagadas del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013, como se dejó expuso en líneas precedentes.

QUINTO: ORDENAR a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá y a la Cooperativa de Trabajo Asociado COEXTRA pagar, de manera solidaria, la totalidad de los APORTES PENSIONALES correspondientes, por cada uno de los meses en que la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ prestó servicios a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos por los periodos comprendidos **del 01 de enero de 2007 al 14 de enero de 2009 y del 03 de enero al 30 de octubre del mismo de 2009**, debiéndose trasladar esas sumas a la administradora de pensiones en la que se encuentre o haya estado afiliada la demandante, o en su defecto, a la que ella determine,

siempre y cuando no se haya efectuado ese pago durante la relación de trabajo.

SSEXTO: ORDENAR a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá pagar la totalidad de los APORTES PENSIONALES correspondientes, por cada uno de los meses en que la señora SUANY GIRALDO JIMENEZ prestó servicios a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, en cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos por los periodos comprendidos **del 1º de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013**, debiéndose trasladar esas sumas a la administradora de pensiones a la que se encuentre o haya estado afiliada la demandante, o en su defecto, a la que ella determine, siempre y cuando no se haya efectuado ese pago durante la relación de trabajo.

SÉPTIMO: EXIMIR de responsabilidad por concepto de las prestaciones sociales reconocidas a la demandante, a la siguientes Cooperativas de Trabajo Asociados que fueron llamadas en garantía en el presente proceso: CICODIS, SANARTE y COOPTRASONAL, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

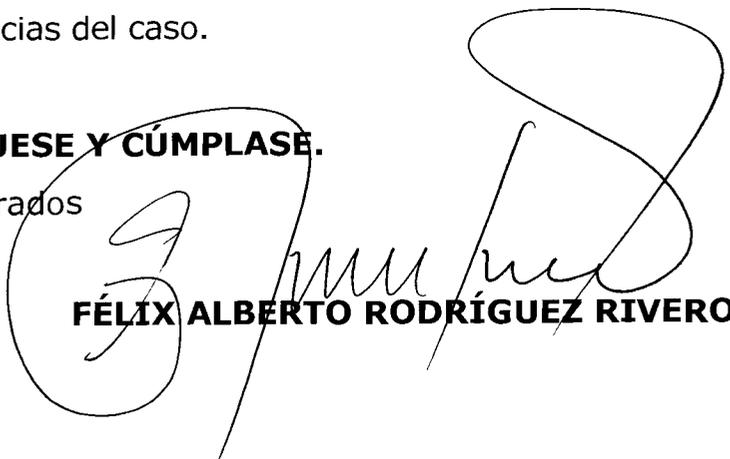
OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

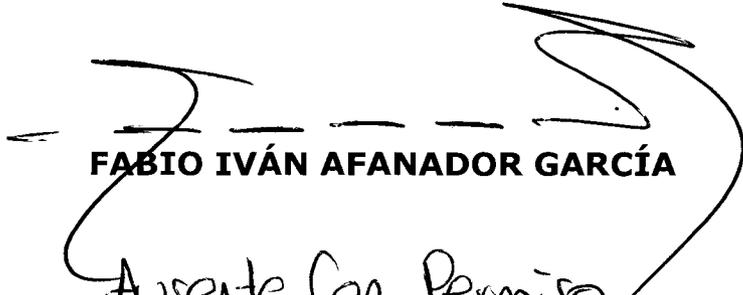
NOVENO: CONDENAR en costas a la ESE demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por encontrarse causadas. Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Ausente Con Permiso
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SUANY GIRALDO JIMÉNEZ
DEMANDADO: E.S.E. HOSPITAL JOSÉ CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACÁ

[Faint, illegible text]
091 JUN 04 2019
EL SECRETARIO