



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

**Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO**

Arauca, Arauca, treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

**Proceso** : 50001-2331-000-2010-00567-00  
**Medio de control** : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante** : WILMER JAVIER VACA CRUZ  
**Demandado** : EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Decide la Sala la demanda incoada por WILMER JAVIER VACA CRUZ contra la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019 y No. PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. Pretensiones y condenas<sup>1</sup>

El demandante las solicitó de la siguiente manera:

##### ***“Principales***

**PRIMERA.-** *Que es nulo el acto administrativo en el oficio 100.25-142 calendado Mayo 14 de 2010, suscrito por **MARÍA MIRIAM LEMA CASTAÑO**, Gerente de la **ESE MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO**, en el cual manifiesta: “Respecto a la vinculación que usted tuvo con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio fue a través de órdenes de servicios que se rigen por la Ley 80 de 1993, y por el expreso mandato del legislador dicha vinculación no genera relación laboral.*

*De igual manera se observa en su documentación que la mayor parte de la labor que usted refiere ha sido como socio de una cooperativa de trabajo asociado y es a través de ella que usted ha prestado sus servicios. Por lo que su solicitud será denegada.*

**SEGUNDA.-** *Que en contencioso de interpretación, se tenga que: la vinculación que se hubiere producido a través de terceros intermediarios como cooperativas de trabajo asociado, así como los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor con **ESE MUNIPAL (sic) DE VILLAVICENCIO** durante la vigencia de la relación de servicio, no como prueba de una supuesta relación contractual, entre las partes, sino como inequívoca situación legal y reglamentaria, por la naturaleza de la función encomendada y por haberse presentado todos los elementos de una relación laboral, para que se declare*

<sup>1</sup> Folios 2 a 3 del cuaderno principal.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*por vía de interpretación, que mi asistido gozó del status de empleado público, teniendo en cuenta que la administración solo pretendía dejar de pagar prestaciones laborales, ya que resulta clara la voluntad administrativa de vincularlo al cumplimiento de actividades no extraordinarias o eventuales, sino permanentes, que de ordinario son prestadas por personas vinculadas en forma legal y reglamentaria con la demandada.*

**TERCERA.-** *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, es nula la decisión administrativa de no reintegrar al actor y cancelar sus prestaciones sociales en los mismos términos que los funcionarios de planta que desarrollan idénticas funciones, por la supuesta vinculación por un (sic) terceros intermediarios denominados cooperativa de trabajo asociado, o por medio de unas ordenes de servicios aparentes y, por ende que se declare que la vinculación inicial del actor era de carácter indefinido y sin fecha previa de retiro y término por despido injusto.*

**CUARTA.-** *Se disponga que para todos los fines y efectos legales, laborales, prestacionales y pensionales no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios por parte de mi representado, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado al cargo.*

**QUINTA.-** *Que a consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada, el reintegro del actor al mismo cargo que ocupaba al momento de su desvinculación, o a uno de igual o superior categoría.*

**SEXTA.-** *Que de acuerdo con las determinaciones legales y las anteriores declaraciones, se ordene que al actor le sean cancelados conforme a las funciones del cargo que ejercía, a título de indemnización, lo siguiente:*

**1. DOCE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$12'683.790),** o la suma que resultare demostrada en el proceso por concepto de la **diferencia salarial** entre lo recibido mensualmente por un médico general de Planta, y lo que se le canceló al actor, en el periodo transcurrido desde el 01 de junio de 2006 y el 28 de febrero de 2010, más lo que se cause hasta cuando se produzca el reintegro.

**2. ONCE MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE, (\$11'880.000,00),** por los **salarios** causados desde la fecha del despido a la fecha de presentación de ésta demanda, más lo que se causen hasta el día en que se produzca el reintegro efectivo del actor, como si no hubiere existido solución de continuidad.

**3. UN MILLON SETECIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE (1'710.000,0)** por concepto de **intereses de las cesantías**, como le corresponde realmente como médico General de Planta, desde el comienzo de la vinculación más los que se causen hasta el día en que sea reintegrado efectivamente al cargo.

**4. DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$18'354.000,0),** por la **Primas Técnicas**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**5. QUINCE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$15'200.000,0)** por las **primas extralegales**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

Radicación: 50001-2331-000-2010-00567-00

Demandante: WILMER JAVIER VACA CRUZ

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

**6. QUINCE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$15'200.000,0)** por las **primas extralegales**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**7. DIECINUEVE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$19'000.000,0)** por las **primas de navidad**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**8. DIEZ MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PRES M/CTE (\$10'133.333,0)** por las **primas de vacaciones**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**9. ONCE MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$11'146.666,0)** por las **vacaciones**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**10. OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$8'254.458,0)** por las **bonificaciones**, causadas durante la vinculación y hasta la fecha de la presente solicitud, mas (sic) las que se causen hasta la fecha en que se le reintegre a la ESE Municipal de Villavicencio al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido.

**11. SEIS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$6'421'834.0)** los aportes cancelados por el actor por concepto de aportes a salud, pensión y ARP, hechos en el período comprendido entre el 01 de junio de 2006 y el 28 de febrero de 2010.

**12. VEINTIDÓS MILLONES OCHENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$22'080.458,0)** por los recargos nocturnos, dominicales y festivos causados en el período comprendido entre el 01 de junio de 2006 y el 28 de febrero de 2010.

**13. VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$24'860.000,0)**, por los **díneros retenidos** por la demandada por cada uno de los pagos hechos al actor.

**14. DOCE MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE, (\$12'719.529,0)** por la indemnización contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías correspondiente al año 2009, valor liquidado a la fecha de presentación de ésta demandad, y que se ha de causar hasta que se cancelen.

**15. CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$52'537.185,0)** por la indemnización contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías correspondiente al año 2008,

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

valor liquidado a la fecha de presentación de ésta demandad, y que se ha de causar hasta que se cancelen.

**16. NOVENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$92'354.841.o)** por la indemnización contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías correspondiente al año 2007, valor liquidado a la fecha de presentación de ésta demandad, y que se ha de causar hasta que se cancelen.

**17. CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$132'172.497.o)** por la indemnización contemplada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías correspondientes al año 2006, valor liquidado a la fecha de presentación de ésta demanda, y que se ha de causar hasta que se cancelen.

18. De la misma manera la cancelación al actor de cualesquiera otro beneficio que resultare en su favor y que se le cancele a los Médicos Generales de Planta de la ESE, y que no se haya incluido en la presente demanda.

19. La indexación de las sumas anteriores.

**SEXTA.-** Que en sede judicial, se estime y fije la condena económica que podrá coincidir con el valor final definitivo que se infiere de la estimación razonada de la cuantía, prefiriéndose la prima si fuere mayor, intimando su importe total a la demandada para que se haga efectivo a favor de mi poderdante, en la oportunidad legal o bien antes.

**SEPTIMA.-** Que se condene además a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO** a pagar a favor del actor, el equivalente a **DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES AL MOMENTO DEL PAGO**, a título de perjuicios morales, como consecuencia de la privación del derecho a percibir el salario y las prestaciones sociales en las mismas condiciones que los médicos de planta, colocándolo en condiciones de inferioridad, y de la desvinculación sin justa causa y negándole el derecho a la estabilidad laboral, con el agravante que lo que percibía era la única fuente de ingresos para su sustento diario y el de su familia.

**OCTAVA.-** Que se condene al pago total inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada.

**NOVENA.-** Que la sentencia favorable se le dé cumplimiento en la oportunidad prevista por el artículo 176 del CCA, y cuyo desconocimiento dará lugar a aplicar el artículo 177 inciso final, ibídem.

**Subsidiarias:**

**PRIMERA SUBSIDIARIA.-** Que se declare que, tanto las ordenes como las adiciones de las mismas así como la vinculación a través de terceros denominados cooperativas de trabajo asociado, en referencia, son nulos, en todas sus partes, por haber sido expedidos de manera irregular y con desvío de poder.

**SEGUNDA SUBSIDIARIA.-** Que, en firme la decisión anterior, se declare que mi poderdante estuvo vinculado a la administración demandada, como servidor público, no contratista, mediante el estatuto de la situación legal y

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*reglamentaria, con los efectos jurídicos que aluden las pretensiones principales y en los términos y condiciones que en ellas se consignan.”*

## **1.2. Hechos o fundamento del medio de control<sup>2</sup>**

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- WILMER JAVIER VACA CRUZ a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPGENERALI, laboró como médico general en la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, desde el 1° de junio al 30 de septiembre de 2006.

- WILMER JAVIER VACA CRUZ a través de la Cooperativa de trabajo Asociado SURGE, laboró como médico general en la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, desde el 1° de octubre de 2006 al 30 de abril de 2007.

- WILMER JAVIER VACA CRUZ a través de la Cooperativa de trabajo Asociado SERVISOCIAL, laboró como médico general en la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, desde el 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2009.

- WILMER JAVIER VACA CRUZ suscribió contratos de prestación de servicios con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, vinculación que se mantuvo desde el 1° de junio de 2009 y hasta el 28 de febrero de 2010.

- El demandante prestó el servicio de manera personal, subordinada ante sus superiores y por ello percibía una remuneración mensual.

- WILMER JAVIER VACA CRUZ presentó el día 7 de mayo de 2010 solicitud ante la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, pretendiendo el reconocimiento de una relación laboral y con ello, el pago de las prestaciones sociales.

- La Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio mediante oficio No. 100.25-142 del 14 de mayo de 2010, notificado personalmente el 25 del mismo mes y año, denegó lo pretendido por WILMER JAVIER VACA CRUZ.

## **1.3. Fundamento de derecho y normas violadas**

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 95, 125 127, 209 y 277.

Ley 4ª de 1990: artículo 8.

Decreto 1250 de 1970: artículos 5 y 71.

Decreto 2400 de 1968: artículos 26 inciso 2, 40, 46 y 61.

Decreto 1950 de 1973: artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.

Ley 790 de 2002.

Decreto 1333 de 1986.

Ley 65 de 1946.

Ley 100 de 1993: artículo 1 y siguientes.

Ley 10 de 1990.

---

<sup>2</sup> Folios 3 a 4 del cuaderno principal.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Ley 50 de 1990.

Decreto 1582 de 1998.

Ley 996 de 2005

Decreto 01 de 1984: artículos 2, 3, 36 y 84.

Como sustento de lo anterior señaló el demandante que con la expedición del acto administrativo acusado la entidad desconoció sus derechos laborales, los cuales han sido reconocidos por la jurisprudencia en virtud del principio de primacía de la realidad.

Alega que existió una verdadera relación laboral entre las partes porque se presentó el elemento de la subordinación y dependencia durante la labor ejercida, desdibujando el contrato de prestación de servicios.

El cargo de médico general que desempeñaba el actor ejercía funciones permanentes dentro de la entidad demandada, por lo que su vinculación no podía contratarse por órdenes de prestación de servicios ni a través de cooperativas de trabajo asociado.

#### **1.4. Contestación de la demanda**

La entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa que el demandante prestó sus servicios como médico general a la Cooperativa de Trabajo del cual era socio, la cual le cancelaba mensualmente su salario y demás emolumentos a los que por Ley tenía derecho, por lo tanto, quien tuvo una relación contractual con la Empresa Social del Estado fue la Cooperativa y no el actor.

Bajo esa circunstancia, la entidad demandada no tiene la obligación de reconocer una vinculación de carácter legal y reglamentaria, ni mucho menos el pago por concepto de prestaciones sociales.

Solicitó se llamara en garantía a las Cooperativas de Trabajo Asociado del cual el demandante era socio -*Cooperativa de Trabajo Asociado SURGE y Cooperativa de Trabajo Asociado "SERVISOCIAL"*-.

Así mismo, solicitó se llamara en garantía a las compañías aseguradoras -*Aseguradora solidaria de Colombia Ltda., Liberty Seguros S.A., y Condor S.A. Compañía de Seguros General*- que mediante pólizas de seguros ampararon los contratos suscritos entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y las respectivas Cooperativas de Trabajo Asociado.

#### **1.5. Llamados en garantía**

##### **1.5.1. Aseguradora solidaria de Colombia Ltda.**

Contestó la demanda oponiéndose a lo pretendido dentro de la misma, manifestando que dicha entidad fue la encargada de elaborar la póliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la Cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL para con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Que la mencionada póliza no ampara ni salarios ni prestaciones sociales ni ningún otro tipo de indemnización laboral, por cuanto la misma tiene como único fin resarcir daños ocasionados a terceros afectados por perjuicios que se le pudieran causar por la ejecución del objeto contratado.

Por tanto, los conflictos que se pudieren haber generado durante la presunta relación laboral deben ser resueltos entre el demandante y la entidad demandada.

### **1.5.2. Liberty Seguros S.A.**

Contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando como razones de su defensa que la entidad demandada pretende afectar la póliza de cumplimiento suscrita con la Cooperativa SURGE C.T.A., correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales; sin embargo, no se configura el siniestro en tanto que dicha Cooperativa no figura como entidad demandada dentro del proceso de la referencia.

El demandante pretende se declare su vinculación legal y reglamentaria y en consecuencia el pago de salarios y demás prestaciones sociales, en relación con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y no con respecto a la Cooperativa SURGE C.T.A., riesgo que no se encuentra asegurado dentro de la póliza de Liberty Seguros S.A.

### **1.5.3. Condor S.A. Compañía de Seguros General en Liquidación**

Contestó la demanda pero de manera extemporánea.

### **1.5.4. Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL**

No contestó la demanda.

### **1.5.5. Cooperativa de Trabajo Asociado SURGE**

Contestó la demanda de manera extemporánea.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta<sup>3</sup>, Corporación que la admitió<sup>4</sup>. La entidad demandada dentro de la oportunidad legal la contestó y presentó solicitud de llamamiento en garantía<sup>5</sup>. El Tribunal Administrativo del Meta aceptó los llamamientos<sup>6</sup>. Algunos llamados en garantía contestaron la demanda<sup>7</sup>. Se abrió a pruebas el proceso<sup>8</sup> y posteriormente, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para la presentación de los alegatos de conclusión<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Folio 104 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 105 a 106 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 116 a 128; 250 a 260 del expediente.

<sup>6</sup> Folios 270 a 272 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 298 a 302; 355 a 370; 410 a 416; 522 a 526 del expediente.

<sup>8</sup> Folios 551 a 553 del expediente.

<sup>9</sup> Folio 656 del expediente.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

La entidad demandada, la Cooperativa de Trabajo asociado SERVISOCIAL, Liberty Seguros S.A., y la Aseguradora Solidaria de Colombia presentaron sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la contestación de la demanda, respectivamente.

El Ministerio Público no emitió concepto.

### **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

No advirtiéndose ninguna causal que invalide lo actuado, procede a dictarse sentencia.

#### **3.1. Competencia**

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

*"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.* (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 22 de noviembre de 2010, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

#### **3.2. Ejercicio oportuno de la acción**

El numeral 2° del artículo 136 del CCA preceptúa lo siguiente:

*"ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones.*

*(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.* (Subrayado de la Sala)

En el presente caso se tiene que el acto administrativo por medio del cual se le negó a WILMER JAVIER VACA CRUZ el reconocimiento de una relación laboral y como consecuencia de ello, el pago de las prestaciones sociales a las que tuviere derecho, fue notificado el día 25 de mayo de 2010. Así entonces, los cuatro meses de que trata la norma fenecían el 26 de

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

septiembre de 2010, que por ser domingo se traslada para el día hábil siguiente, es decir, 27 de septiembre de 2010.

El demandante interpuso la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el día 22 de noviembre de 2010, con lo que podría entenderse se hizo por fuera de la oportunidad legal; sin embargo, es importante señalar que a folio 39 del expediente se observa que presentó solicitud de conciliación extrajudicial.

Ley 1285 de 2009 *"Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia"* estableció la Conciliación como requisito de procedibilidad en las acciones contenciosas administrativas.

En este sentido, se tiene que el actor presentó solicitud de conciliación extrajudicial el día 10 de junio de 2010, es decir, cuando habían transcurrido 14 días de los cuatro meses previstos en la Ley, quedándole tres meses y dieciséis días.

El Decreto 1716 de 2009, por el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en su artículo 3º establece:

*"Artículo 3º. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:*

*a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*

*b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la ley 640 de 2001, o*

*c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero. (...)."*

Igualmente el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, preceptúa:

*"Art. 2.- CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:*

*1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.*

*2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.*

*3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendarios siguientes a la presentación de la solicitud.*

*En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.”*

Según lo expuesto, se tiene que con la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, el demandante suspendió el término de caducidad de la acción, hasta cuando se diera uno de los supuestos establecidos en la norma, que en este caso en particular, fue con la constancia de haberse declarado fallida la conciliación, certificado que fue expedido el día 24 de agosto de 2010, reanudándose nuevamente el conteo de los tres meses y dieciséis días restantes a partir del día siguiente, esto es, extendiéndose hasta el 10 de diciembre de 2010.

Como quiera que la demanda fue radicada el día 22 de noviembre de 2010, es claro que la misma no se encuentra caducada.

### **3.3. Problema jurídico**

La controversia consiste en dilucidar si entre WILMER JAVIER VACA CRUZ y la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio se configuró una verdadera relación laboral, legal o reglamentaria teniendo en cuenta que la vinculación durante el tiempo reclamado, se originó por contratación directa - *contratos de prestación de servicios*- y a través de intermediación laboral - *Cooperativas de Trabajo Asociado*-.

En caso afirmativo, si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a estudiar el marco normativo y jurisprudencial, para luego hacer un recuento del material probatorio relevante y por último descender al caso concreto.

#### **3.3.1. Marco Jurídico y Jurisprudencial**

##### **3.3.1.1. Elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral<sup>10</sup>**

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983 y luego por la Ley 80 de 1993.

La Ley 80 en su artículo 32 dispone: “3. *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)*”.

<sup>10</sup> Se reitera lo expuesto por la Sala en sentencia de 16 de julio de 2009, Expd. (1258-07), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

En la sentencia C-154-97<sup>11</sup> la Honorable Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo:

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.*

A partir de tal distinción, la Sección Segunda del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>12</sup> ha venido reconociendo que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la existencia de subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

### **3.3.1.2. Cooperativa de trabajo asociado**

La Ley 79 de 1988<sup>13</sup> y el Decreto 4588 de 2006<sup>14</sup>, disponen que las Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas 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

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS.

<sup>13</sup> «Por el cual se actualiza la legislación cooperativa».

<sup>14</sup> «Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado».

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

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 tema que fuera desarrollado por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, precisó<sup>15</sup>:

*"Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas, y han sido definidas por el legislador así: «Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios»<sup>16</sup>. El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos."*

Sin embargo, en esa ocasión dicha Corporación determinó que no obstante, dicha figura asociativa "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", de tal forma, que el trabajo asociado no podía ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados.

Además concluyó para demostrar la realidad sobre las formas que "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 trípede que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral."

Lo anterior fue ratificado por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo al considerar<sup>17</sup>:

*"(...) En la práctica, el trabajo asociado se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el legislador consagró la prohibición de que las cooperativas de trabajo asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o*

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00820-01(1486-15). Actor: LUIS HERNANDO HURTADO OROZCO. Demandado: E. S. E. ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN.

<sup>16</sup> Art. 70 Ley 79/88.

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-2331-000-2012-00073-01(4145-13). Actor: NHORA ASTRID CASTILLO GONZÁLEZ. Demandado: ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA DE IBAGUE

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*dependencia con terceros contratantes.*

*En consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo, y el tercero contratante, la cooperativa al igual que sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado<sup>18</sup>, sin perjuicio de que la cooperativa quede incurso en causal de disolución y liquidación y que le sea cancelada la personería jurídica<sup>19</sup>.*

### 3.3.1.2.1. Llamamiento en garantía de cooperativa de trabajo asociado

Debe indicarse en este punto, que si bien la posición que venía adoptando el Honorable Consejo de Estado era la de vincular a las cooperativas de trabajo asociado por solicitud de la entidad pública que se beneficiaba de la prestación del servicio de quien demandada, y con base en ello, al estudiar de fondo el asunto la declaraba solidariamente responsable siempre que se demostraran configurados los elementos de una relación laboral, también lo es, que en recientes pronunciamientos, en donde ha conocido por competencia del recurso de apelación interpuesto contra el auto que ha negado la vinculación de la misma en calidad de llamada en garantía, ha decidido confirmar la decisión recurrida argumentando lo siguiente<sup>20</sup>:

*“(…) Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de resolver la cuestión litigiosa, es necesario remitirse a la Ley 79 de 1988,<sup>21</sup> que reguló la figura de las cooperativas de trabajo asociado, y al artículo 2.2.8.1.3. del Decreto 1072 de 2015,<sup>22</sup> el cual dispuso que aquellas «son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general».*

<sup>18</sup> Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006 que reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

<sup>19</sup> Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00254-01(3791-18). Actor: LUZMILA DUQUE VÉLEZ. Demandado: E. S. E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA Y OTROS. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Temas: Llamamiento en garantía. En igual sentido pueden consultarse las siguientes providencias, proferidas por la Sección Segunda de esta corporación:

- Subsección B, auto de 20 de noviembre de 2020, C. P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, radicado: 66001-23-33-000-2014-00405-01 (4875-16).

- Subsección A, auto de 20 de agosto de 2020, C. P. RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS, radicado: 66001-23-33-000-2017-00088-01 (2929-18).

<sup>21</sup> Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa.

<sup>22</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector trabajo.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*Ahora bien, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010,<sup>23</sup> prohíbe a las instituciones y empresas públicas o privadas contratar personas para el desarrollo de actividades misionales permanentes, a través de cooperativas de servicio de trabajo asociado que hagan intermediación laboral o bajo otra modalidad de vinculación «que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes».*

*A partir de las anteriores previsiones legales, esta corporación ha concluido que cuando se debate un vínculo laboral entre una entidad pública y un empleado que le prestó sus servicios, por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado, no debe admitirse la vinculación al proceso de esta última, ya sea bajo la modalidad del litisconsorcio necesario o del llamamiento en garantía, toda vez que la controversia principal, esto es, la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, se predica de la entidad pública que se benefició de las funciones desarrolladas por dicho trabajador y no existe una razón de orden legal o contractual que amerite la intervención de un tercero ajeno a tal debate. Al respecto, se ha precisado lo siguiente:<sup>24</sup>*

*Frente al punto, resulta oportuno señalar que ante la responsabilidad solidaria que existe entre las cooperativas de trabajo asociado y el tercero beneficiario de los servicios prestados, no es necesario, para integrarse el contradictorio por pasiva en un juicio donde se pretende demostrar la relación laboral disimulada, vincularse a la cooperativa<sup>25</sup>.*

*En efecto la sección ha argumentado lo siguiente:*

*«[...] En consecuencia, queda claro que cuando se trata de la vinculación por pasiva de una cooperativa de trabajo asociado, esta no deviene en obligatoria para resolver de manera uniforme el litigio planteado, toda vez que por la naturaleza solidaria de la relación intermediadora, se presenta una responsabilidad solidaria en virtud de la cual eventualmente la entidad demandada puede asumir las responsabilidades por el detrimento del trabajador. [...]».<sup>26</sup>*

*Así las cosas, al existir responsabilidad solidaria entre las cooperativas de trabajo asociado -como las llamadas- y el beneficiario de los servicios prestados (tercero que en este caso es la E.S.E.), no es necesario, para integrar el contradictorio por pasiva en un proceso donde se pretende demostrar que existió una relación laboral y no de mera prestación de servicios, vincularse a las referidas empresas o asociaciones de trabajo.*

Bajo ese entendido, la decisión del Honorable Consejo de Estado de no aceptar la solicitud de llamamiento en garantía tiene su fundamento en que

<sup>23</sup> Por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 13 de diciembre de 2019, C. P. William Hernández Gómez, radicado: 66001-23-33-000-2015-00052-01 (2506-2017). En igual sentido pueden consultarse las siguientes providencias, proferidas por la Sección Segunda de esta corporación:

- Subsección B, auto de 9 de agosto de 2017, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado: 66001-23-33-000-2014-00409-01 (4831-2016).

- Subsección B, auto de 19 de febrero de 2018, C. P. César Palomino Cortés, radicado: 66001-23-33-000-2014-00408-01 (2510-17).

<sup>25</sup> Tal como se sostuvo en providencias del 19 de mayo de 2018, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 76001-23-33-000-2015-01426-01 (2705-2017) y 27 de mayo de 2019, Sección Segunda, Subsección A, radicado: 08001-23-33-000-2015-00238-01 (2278-2017).

<sup>26</sup> Auto del 27 de mayo de 2019, Sección Segunda, Subsección A, radicado: 08001-23-33-000-2015-00238-01 (2278-2017).

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

precisamente al existir la responsabilidad solidaria entre ella y el beneficiario de los servicios prestados, en este caso, una Empresa Social del Estado, no es necesario, para integrar el contradictorio por pasiva en un proceso donde se pretende demostrar que existió una relación laboral y no de mera prestación de servicios, vincularse a las referidas empresas o asociaciones de trabajo.

Ello entonces, no implica modificación en el estudio de fondo que sobre ello ha considerado el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

### **3.3.1.3. De la prueba de la intermediación laboral**

Cuando se alega la existencia de intermediación laboral o tercerización, resulta necesario, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aportar los respectivos convenios suscritos entre el asociado y la Cooperativa de Trabajo Asociado y, entre ésta y la entidad beneficiaria.

Así lo sostuvo la Subsección "B" de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 15 de junio de 2017 dentro del expediente con radicación No. 76001-23-31-000-2011-00898-01(3186-15) y ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, al señalar que:

*"(...) De acuerdo con las pruebas documentales relacionadas en precedencia, observa la Sala que no es posible establecer la existencia de los convenios de asociación que dice haber celebrado el demandante con una cooperativa de trabajo asociado y a través del cual, se pretendía encubrir una verdadera relación de carácter laboral, toda vez que, lo allegado al plenario son las sentencias proferidas por parte de la jurisdicción ordinaria laboral que definieron la controversia reclamatoria del actor tendiente a la declaratoria de la relación laboral y el consecuente reconocimiento de las prestaciones sociales, las cuales fueron denegadas por haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción trienal.*

*(...) Pues bien, en ese sentido, el primer supuesto llamado a ser probado para el demandante, es la calidad de afiliado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006, debió suscribir con el ente cooperativo un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, prueba documental ausente en el proceso, como quiera que no obra respecto de alguna organización cooperativa los aludidos contratos celebrados por el demandante y con los cuales, se acreditaría su condición de cooperado (...)" (Subrayado de la Sala)*

### **3.3.1.4. El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales**

Como se indicó, el Honorable Consejo de Estado ha sido insistente en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

En ese orden, dicha Corporación ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada ella dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado<sup>27</sup>.

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

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el interesado pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte 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<sup>28</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o

<sup>27</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSE LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado el Honorable Consejo de Estado<sup>29</sup>.

### **3.3.1.5. Las reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos**

La Constitución Política de 1991 contempló en el Capítulo II, función pública lo siguiente:

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

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

De acuerdo con tales preceptos, el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores: i) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); ii) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y iii) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, el cual se encuentra vigente, dispuso:

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

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

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

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

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

Es del caso indicar, que la parte subrayada del anterior precepto normativo fue demandado ante la Honorable Corte Constitucional y declarada su exequibilidad mediante sentencia C-614 de 2009 en la cual se señaló, entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral; adicionalmente, esta Corporación destacó

<sup>29</sup> Sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03. Consejero Ponente: Tarcisio Cáceres Toro.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

las reglas de especial protección constitucional de la relación laboral de los servidores públicos, de la siguiente manera:

*“i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público<sup>30</sup> que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros)”.*

En dicha providencia se sostuvo que las reglas anteriores 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 Política.

### **3.3.1.6. Limitaciones constitucionales y legales a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios**

El Honorable Consejo de Estado ha indicado de manera reiterativa que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la Constitución Política que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios

<sup>30</sup> El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: *“El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

que informan la administración pública.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, el artículo 17 de la Ley 790 de 2002 y el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la Ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004 creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

*“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.*

*1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:*

*a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*

*b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*

*c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*

*d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.*

*2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.*

*3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.” (Subrayado de la Sala)*

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1°, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

En este orden, se considera que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

### **3.3.1.7. Efectos patrimoniales del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad**

Sobre este aspecto en particular, existían criterios jurisprudenciales discordantes entre las salas de decisión que integran la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, particularmente, en lo que concernía a si el pago de las prestaciones que se reconocían como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procedía a título de restablecimiento del derecho o como reparación integral del daño.

En vista de ello, la Sala Plena de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado a través de sentencia de fecha 25 de agosto de 2016 unificó criterio en los siguientes términos<sup>31</sup>:

#### **“3.4.1 Restablecimiento del derecho.**

*(...) A manera de ejemplo, se tiene:*

*i) Que en sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), la sección segunda, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, optó por el criterio atinente a la reparación integral del daño, que consiste en el pago de las prestaciones sociales ordinarias (liquidadas con base en los honorarios pactados contractualmente) y la indemnización integral de los perjuicios sufridos, al estimar:*

*“La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.*

*Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:*

<sup>31</sup> Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL. Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA). Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho. Tema: Contrato realidad (docente). Actuación: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*"La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.*

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

*Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.*

*Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados."(Negrilla del Texto)*

*No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.*

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

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

*ii) Con fallo de 21 de octubre de 2009 (expediente 05001-23-31-000-2001-03454-01), la subsección A de esta misma sección, contrario a lo determinado en la sentencia anterior, sostuvo que el reconocimiento de las correspondientes prestaciones sociales, el cómputo del tiempo servido para efectos pensionales y el pago de las respectivas cotizaciones se otorgan como restablecimiento del derecho, por cuanto:*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*"El artículo 85 del C.C.A., al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.*

*Frente a este aspecto, la Sala se apartó de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replanteó, en principio, tal posición, por cuanto consideró que la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral de orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.*

*Por lo anterior, los derechos que desde ese fallo se vienen reconociendo, se ordenan no a título de indemnización, como otrora se había venido haciendo, sino como el pago del conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio".*

*Postura que también se consignó en sentencia de 12 de mayo de 2014, expediente 050012331000200506806-01 (1785-2013), con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

iii) *Por su parte, la subsección B en providencia de 4 de febrero de 2016, expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, se inclinó por el derrotero trazado en la sentencia de 19 de febrero de 2009, antes citada, al considerar:*

*"Bajo tal entendimiento, no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición, en cambio, la Sala ha reconocido que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, siendo la sentencia constitutiva de dicho derecho.*

*Basta recordar que los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.*

*Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.*

*No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas.*

*En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.*

*En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios".*

*Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.*

*Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.*

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

Así las cosas, los derechos económicos laborales deben reconocerse no a título de reparación del daño sino como restablecimiento del derecho.

### **3.3.1.8. Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado**

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que "son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones". Así mismo, es preciso destacar que la Ley 1122 de 2007 "por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" en su artículo 27, introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE.

Ahora bien, respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en Sentencia C-171 de 2012, la Honorable 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, 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.

De acuerdo con lo jurisprudencia citada, es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (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.

### **3.3.1.9. La póliza de cumplimiento y el contrato de seguro**

Es sabido que las garantías son respaldos exigidos obligatoriamente por la Ley 80 de 1993 en la mayoría de contratos estatales. Deben ser constituidas

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

y otorgadas por el contratista o proponente ante una aseguradora o entidad bancaria autorizadas para funcionar en Colombia, con el propósito de amparar diversos riesgos derivados del incumplimiento del contrato o de la oferta, los cuales podrían llegar a generar perjuicios que afecten la integridad patrimonial de la entidad pública contratante.

De esta forma, a través de garantías bancarias y pólizas expedidas por estos entes, se pretende garantizar a la entidad estatal lo atinente a las etapas precontractual y contractual de los posibles perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

En principio, la garantía única de cumplimiento y la seriedad de la oferta son obligatorias en los contratos estatales, esto como consecuencia de la necesidad de velar por el interés público que está envuelto en ellos, así como por la protección del patrimonio público.

El artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 establece que *“las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros”*.

La garantía única de cumplimiento, tiene por finalidad respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo del contratista frente a la entidad estatal, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales *-artículo 16 del Decreto 679 de 1994-*. De esta manera, en cualquier evento en que se aumente el valor del contrato o se prorrogue su vigencia deberá ampliarse o prorrogarse la garantía, igualmente tendrá que reponerse cuando el valor de la misma se vea afectado por la ocurrencia de siniestros, lo anterior con el objetivo que se dé un efectivo respaldo para el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones, según el artículo 17 de la mencionada normatividad.

La garantía de cumplimiento del contrato, se encarga de cubrir el riesgo del incumplimiento parcial o total del contrato y la mora en el mismo.

La póliza de seguro es la forma de garantía más utilizada y consiste básicamente en la expedición de una póliza única de cumplimiento o de seriedad de la oferta por parte de una compañía de seguros legalmente autorizada, la cual celebra un contrato de seguro con el contratista tomador de éste, en beneficio de la entidad estatal contratante.

La ley 80 de 1993 considera al seguro de cumplimiento que garantiza contratos estatales como un contrato de seguro. Es así como se considera al seguro de cumplimiento por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como un seguro de daños de carácter patrimonial, en los siguientes términos:

*“(…) El contrato de seguro de cumplimiento, por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, **clasifica en la especie de los seguros de daños**, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”, de acuerdo con lo*

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*dispuesto en el artículo 1088 del Código de Comercio; el riesgo lo constituye entonces la eventualidad del incumplimiento del deudor (...).<sup>32</sup>*

### **3.3.2. Material probatorio**

Es importante señalar que se aportan con la demanda los siguientes documentos los cuales, a pesar que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>33</sup>, pues no cuentan con reparos de ningún tipo. Los relevantes son:

- Derecho de petición del 7 de mayo de 2010 presentado por WILMER JAVIER VACA CRUZ solicitándole a la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, el reconocimiento de una relación laboral y como consecuencia de ello, el pago de las prestaciones legales (folios 30 a 32 del expediente).

- Oficio No. 100.25-142 del 14 de mayo de 2010 proferido por la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, resolviendo de manera desfavorable la petición presentada por VACA CRUZ (folio 33 del expediente).

#### **3.3.2.1. Pruebas con las que se pretende demostrar la contratación**

- Copia del contrato No. 076 de 2006 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPGENERALI, por el período comprendido entre el 1° al 30 de abril de 2006, por valor total de \$162.115.623.00 (folios 129 a 133 del cuaderno de anexos No. 2)

- Copia de la renovación No. 01 al contrato No. 076 de 2006, donde se amplió la vigencia de la ejecución por un mes más, es decir, del período comprendido entre el 1° al 31 de mayo de 2006 (folios 134 a 135 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia de la renovación No. 02 al contrato No. 076 de 2006, donde se amplió la vigencia de la ejecución por un mes más, es decir, del período comprendido entre el 1° al 30 de junio de 2006 (folios 136 a 137 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia de la renovación No. 03 al contrato No. 076 de 2006, donde se amplió la vigencia de la ejecución por un mes más, es decir, del período comprendido entre el 1° al 31 de julio de 2006 (folios 138 a 139 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del contrato No. 309 de 2006 suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de trabajo Asociado SURGE, por el período comprendido entre 1° de octubre al 31 de diciembre

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, 21 de septiembre de 2000. Expediente 6140. MP. Silvio Fernando Trejos Bueno.

<sup>33</sup> Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

del año 2006, por valor total de \$720.000.000.00 (folios 54 a 60 del expediente).

- Copia de la adición No. 001 al contrato No. 309 de 2006, donde se amplió la vigencia de la ejecución por dos meses más, es decir, del período comprendido entre 1° de enero al 28 de febrero de 2007, por valor de \$480.000.000,00 (folios 61 a 62 del expediente).

- Copia de la adición No. 002 al contrato No. 309 de 2006, en cuanto a servicios prestados (folios 63 a 64 del expediente).

- Copia de la adición No. 003 al contrato No. 309 de 2006, donde se amplió la vigencia de la ejecución por dos meses más, es decir, del período comprendido entre 1° de marzo al 30 de abril de 2007, por valor de \$538.228.114,00 (folios 65 a 66 del expediente).

- Copia del contrato No. 133 de 2007 suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, por el período comprendido entre 1° de mayo al 31 de diciembre del año 2007, por valor total de \$2.191.165.676.00 (folios 67 a 73 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 01 al contrato No. 133 de 2007 (folios 74 a 76 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 02 al contrato No. 133 de 2007 (folios 77 a 78 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 03 al contrato No. 133 de 2007 (folios 79 a 80 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 04 al contrato No. 133 de 2007 (folios 81 a 82 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 05 para la adición al contrato No. 133 de 2007, determinando su vigencia hasta el 29 de febrero de 2008 (folios 83 a 84 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 06 para la adición al contrato No. 133 de 2007, en cuanto al valor del mismo (folio 85 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 07 para la adición al contrato No. 133 de 2007, determinando su vigencia hasta el 30 de abril de 2008 (folio 86 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 08 para la adición al contrato No. 133 de 2007, determinando su vigencia hasta el 31 de mayo de 2008 (folios 87 a 88 del expediente).

- Copia de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales expedida por la compañía de seguros generales CONDOR S.A.,

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

amparando los riesgos del contrato No. 133 de 2007 y sus respectivas modificaciones (folios 72 a 83 del cuaderno de anexos No.1).

- Copia del contrato No. 178 de 2008 suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de trabajo asociado **SERVISOCIAL**, por el período comprendido entre 1° de junio al 31 de diciembre del año 2008, por valor total de \$2.278.736.720.00 (folios 89 a 97 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 01 al contrato No. 178 de 2008, en relación con los servicios prestados (folio 98 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 02 al contrato No. 178 de 2008, en relación al monto pactado por aumento en horas de la prestación del servicio (folio 99 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 03 al contrato No. 178 de 2008, determinando su vigencia hasta el 28 de febrero de 2009 (folio 100 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 05 al contrato No. 178 de 2008, determinando su vigencia hasta el 31 de marzo de 2009 (folio 101 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 06 al contrato No. 178 de 2008, determinando su vigencia hasta el 30 de abril de 2009 (folio 102 del expediente).

- Copia del acuerdo modificatorio No. 07 al contrato No. 178 de 2008, determinando su vigencia hasta el 31 de mayo de 2009 (folio 103 del expediente).

- Copia de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales expedida por la aseguradora solidaria de Colombia amparando los riesgos del contrato No. 178 de 2008 y sus respectivas modificaciones (folios 95, 98, 100 a 113 del cuaderno de anexos No.1).

- Copia del contrato No. 260 del fecha 1° de junio 2009 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y **WILMER JAVIER VACA CRUZ**, para ejercer como médico general en el área de urgencias y hospitalización, por el período comprendido entre el 1° y el 30 de junio de 2009, por valor de \$3.003.066 (folios 1 a 4 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del contrato No. 630 de fecha 1° de julio 2009 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y **WILMER JAVIER VACA CRUZ**, para ejercer como médico general en el área de urgencias y hospitalización, por el término de dos meses, por valor de \$6.636.276 (folios 6 a 9 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del contrato No. 784 de fecha 9 de septiembre de 2009 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y **WILMER JAVIER VACA CRUZ**, para ejercer como médico general en el área de

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

urgencias y hospitalización, por el término de un mes y veintidós días, por valor de \$5.751.426 (folios 10 a 14 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del acuerdo de prorroga No. 01 al contrato No. 784 de 2009, por el término de un mes, por valor de \$3.318.138 (folios 15 a 16 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del acuerdo de prorroga No. 02 al contrato No. 784 de 2009, por el término de un mes, por valor de \$3.318.138 (folios 17 a 18 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia del contrato No. 014 de fecha 1° de enero de 2010 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y WILMER JAVIER VACA CRUZ, para ejercer como médico general en el área de urgencias y hospitalización, por el término de dos meses, por valor de \$6.636.276 (folios 19 a 23 del cuaderno de anexos No. 2).

### 3.3.2.2. Pruebas con las que se pretende demostrar la vinculación y prestación del servicio

- Copia de la relación de personal profesional utilizado en el mes de diciembre de 2006 para ejecutar el contrato No. 309 de 2006, entre los cuales se encuentra WILMER JAVIER VACA CRUZ, en el que se determinó la suma a pagar de \$2.340.000.00 (folio 72 a 73 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia de la certificación suscrita por la enfermera Jefe del Centro de Salud de Esperanza, donde hizo constar la relación de personal que cumplió el horario en el mes de enero de 2007, entre los que se encuentra WILMER JAVIER VACA CRUZ (folios 96 del cuaderno de anexos No. 2)

- Copia de la certificación suscrita por la enfermera Jefe del Centro de Salud de Esperanza, donde hizo constar la relación de personal que cumplió el horario en el mes de febrero de 2007, entre los que se encuentra WILMER JAVIER VACA CRUZ (folios 114 del cuaderno de anexos No. 2)

- Copia del escrito de fecha 30 de abril de 2007 presentada por WILMER JAVIER VACA CRUZ, solicitando a la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL aceptara su ingreso como asociado (folio 575 del expediente).

- Copia del acuerdo cooperativo de trabajo asociado celebrado entre WILMER JAVIER VACA CRUZ y la Cooperativa SERVISOCIAL, en donde se estableció su ingreso a partir del 1° de mayo de 2007, a efectos de que desempeñara labores dentro del contrato de prestación de servicios No. 133 de 2007 (folios 576 a 577 del expediente).

- Copia de la certificación del 4 de abril de 2011 expedida por el Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, en donde se hizo constar que WILMER JAVIER VACA CRUZ fue trabajador asociado desde el 1° de mayo de 2007 hasta el 30 de mayo de 2009, desempeñando labores como médico general, en desarrollo de un contrato de prestación de servicios suscrito entre la Cooperativa y la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio (folio 114 del cuaderno de anexos No. 2).

*Radicación: 50001-2331-000-2010-00567-00*

*Demandante: WILMER JAVIER VACA CRUZ*

*Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO*

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de junio de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud Recreo en el que se encuentra relacionado WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 174 horas (folio 45 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de julio de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud Recreo en el que se encuentra relacionado WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 46 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de agosto de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud Recreo de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 47 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de septiembre de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 132 horas (folio 48 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de octubre de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 49 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de noviembre de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 50 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de diciembre de 2009 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 51 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de enero de 2010 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 180 horas (folio 52 del expediente).

- Copia de la agenda de concertación de actividades de médicos durante el mes de febrero de 2010 en el área de urgencias y hospitalización en el Centro de Salud PORFIA de WILMER JAVIER VACA CRUZ, para laborar un total de 168 horas (folio 53 del expediente).

### 3.3.2.3. Pruebas con las que se pretende demostrar la remuneración percibida

- Copia de la relación de los pagos realizados durante el mes de diciembre del año 2006 por la Cooperativa de Trabajo Asociado SURGE a WILMER JAVIER VACA CRUZ (folio 73 del cuaderno de anexos No. 2).

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

- Copia del informe histórico resumido de la liquidación de pago de los aportes de salud, pensión y riesgos profesionales realizados por la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL en relación con el asociado WILMER JAVIER VACA CRUZ, durante los años 2007, 2008 y 2009 (folios 588 a 590 del expediente).

- Copia de la relación de los pagos realizados durante los meses de mayo a diciembre del año 2007 por la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL a WILMER JAVIER VACA CRUZ (folio 591 del expediente).

- Copia de la relación los pagos realizados durante los meses de enero a diciembre del año 2008 por la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL a WILMER JAVIER VACA CRUZ (folios 594 a 604 del expediente).

- Copia de la relación de los pagos realizados durante los meses de enero a mayo del año 2009 por la Cooperativa SERVISOCIAL a WILMER JAVIER VACA CRUZ (folio 605 del expediente).

#### 3.3.2.4. Pruebas con las que se pretende demostrar la subordinación

Además de las señaladas en párrafos precedentes:

- Copia de apartes del Acuerdo No. 04 del 28 de diciembre de 2005 (folios 50 a 52 del cuaderno de anexos No. 2) *“por medio del cual se modifica el Manual Específico de funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, aprobado mediante Acuerdo No. 002 del 26 de octubre de 2005”*, en donde se señaló las funciones y competencias del empleo de médico general. En dicho documento, se dispuso que el jefe inmediato era el Subdirector Científico. Además, se describieron veinticinco funciones esenciales del cargo, entre los que se pueden resaltar los siguientes:

- Practicar exámenes de medicina general, diagnosticar, formular y prescribir el tratamiento que debe seguirse, respetando los derechos del enfermo.
- Realizar el control médico periódico a los pacientes que se encuentran en hospitalización y/o bajo su cuidado.
- Diligenciar y reportar oportunamente al jefe inmediato los casos de notificación obligatoria y de patologías de interés en salud pública establecidos como eventos centinelas, con fines estadísticos y administrativos.
- Apoyar los programas y proyectos a desarrollar por la institución según las necesidades del servicio.
- Manipular correctamente los equipos e instrumentales, teniendo en cuenta las normas de bioseguridad.
- Responder por el buen uso de los equipos, materiales, instrumental y elementos que le sean asignados para el cumplimiento de sus funciones.
- Realizar los informes respectivos de acuerdo con las instrucciones recibidas, bajo los parámetros y plazos establecidos.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

- Apoyar la actualización del Manual de Normas y Procedimientos de su área, y aplicar los manuales y procedimientos aprobados para el desarrollo de sus funciones.
- Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

- Testimonio rendido por el médico LUIS EDUARDO SANCHEZ RAMIREZ, quien durante el mismo período de tiempo en que lo hizo WILMER JAVIER VACA CRUZ, prestó sus servicios a la entidad demandada en el área de urgencias y hospitalización. Dentro de la declaración manifestó entre otras cosas, que el elemento de la subordinación se vio reflejado en la manera como la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio impartía a través de su Gerente o el Coordinador científico las órdenes en relación con la asignación de los turnos, el estricto cumplimiento de los horarios asignados, los llamados de atención, el trato hacia los pacientes, como se debían formular los exámenes de laboratorios, etc.

- Testimonio rendido por el médico WILSON JOSE CONTRERAS PINTO quien durante el mismo período de tiempo en que lo hizo WILMER JAVIER VACA CRUZ, prestó sus servicios a la entidad demandada en el área de urgencias y hospitalización. En su declaración señaló en relación con la subordinación que los horarios se establecían por turnos los cuales se daban a conocer en cada centro de salud. Así mismo, que los médicos de planta cumplían las mismas funciones que los contratados por prestación de servicios o a través de cooperativas. Por último, que el Coordinador científico de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio estaba pendiente del cumplimiento de los turnos.

### **3.3.3. Caso concreto**

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial y teniendo en cuenta el material probatorio arrojado al plenario, la Sala entrará a determinar si se encuentran demostrados los elementos de la relación laboral que pretende WILMER JAVIER VACA CRUZ sea reconocida a través del medio de control de la referencia.

De acuerdo con lo anterior, precisa el Honorable Consejo de Estado que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Sea lo primero mencionar, que los testimonios rendidos fueron tachados de parcialidad por la entidad accionada al indicar que los mismos tenían interés con las resultas del proceso, en razón a las demandas con similares pretensiones en contra de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

Ante ello, los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil preceptúan:

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

**“ARTÍCULO 217. TESTIGOS SOSPECHOSOS.** *Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

**ARTÍCULO 218. TACHAS.** *Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba.*

*Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.*

*El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”*

La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Son fundamentos de la tacha i) la inhabilidad del testigo, las relaciones afectivas o comerciales, ii) la preparación previa al interrogatorio, iii) la conducta del testigo durante el interrogatorio, iv) el seguimiento de libretos, v) la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y vi) la incongruencia entre los hechos narrados.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012<sup>34</sup>, indicó que los motivos de la tacha del testigo se analizaran en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente *“sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2006 para el evento en que los testigos sean sospechosos por encontrarse en situaciones que afecten su credibilidad o imparcialidad, en tal situación la declaración si puede recibirse pero debe apreciarse con mayor severidad. Eso se señaló en la referida jurisprudencia:

*“En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean*

<sup>34</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, "...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil. No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia".*

Así las cosas, de acuerdo a los fundamentos planteados en precedencia, la Sala considera que no se pueden descartar de plano los testimonios sino que serán valorados de forma crítica, en consonancia con los demás medios de prueba allegados al proceso.

Aclarado lo anterior, se entra a estudiar si en el sub judice, se demostraron los tres elementos esenciales para el reconocimiento de la relación laboral.

### **3.3.3.1. La prestación personal del servicio**

En cuanto a este primer elemento, se tiene que WILMER JAVIER VACA CRUZ pretende se declare la existencia de una relación laboral con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, por sus servicios prestados como médico general en el área de urgencias y hospitalización en los centros de salud de la Esperanza, el Recreo y PORTIA, por el período comprendido entre el 1° de junio de 2006 al 28 de febrero de 2010.

Para el reconocimiento de dicho derecho, allegó copia de los documentos que demostraban su vinculación, bien fuera por contratación directa *-contratos de prestación de servicios-* o a través de las diferentes asociaciones de intermediación o tercerización laboral.

De acuerdo con el material probatorio aportado en ese sentido, lo primero que debe indicarse, es que en relación con el contrato No. 076 del 2006 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPGENERALI, el demandante no demostró ni la calidad de asociado ni mucho menos su participación durante el tiempo en que se ejecutó dicho negocio jurídico. Es más, fue contundente al confesar que *"jamás fue asociado"* de esta CTA (fl. 6)<sup>35</sup>.

Por ello, no existe prueba del servicio prestado por WILMER JAVIER VACA CRUZ en la entidad demandada, en el período comprendido entre el 1° de junio al 30 de septiembre de 2006.

<sup>35</sup> Establecía el artículo 197, C. P. C.: *"La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101"*. Esta norma jurídica persiste en el CGP, artículo 193, que incluso es perentorio: *"Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita"*.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Ahora bien, en cuanto a la vinculación del actor con la entidad demandada en atención al contrato No. 309 de 2006 suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SURGE, la Sala observa que a pesar de que obran dentro del plenario ciertos documentos en los que se relacionó el personal profesional utilizado para desarrollar el objeto contractual durante el mes de diciembre de 2006 y los meses de enero y febrero de 2007, entre los que se encontraba VACA CRUZ, también lo es, que en el expediente no consta el convenio de asociación entre actor y la mencionada Cooperativa, con la cual se pudiera acreditar su condición de asociado. Máxime cuando el hoy demandante fue contundente al confesar que *"jamás fue asociado"* de esta CTA (fl. 6)<sup>36</sup>.

Así mismo, tampoco se probó que el actor hubiere prestado sus servicios como médico general durante toda la vigencia del contrato. En ese sentido y ante la falta de material probatorio, para la Sala no es posible contabilizar el período comprendido entre el 1° de octubre de 2006 al 30 de abril de 2007.

Por su parte, en cuanto a los contratos No. 133 de 2007 y No. 178 de 2008 celebrado entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL por el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2009, se encuentra debidamente demostrado que el actor se asoció a la mencionada Cooperativa, a efectos de hacer parte del personal médico contratado para cumplir con el objeto contractual. Dicha labor se llevó a cabo de manera ininterrumpida.

Por último, también está probado que desde el 1° de junio de 2009 al 28 de febrero de 2010 *-con interrupción de 8 días desde el 1° al 8 de septiembre de 2009-*, la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio vinculó de manera directa a través de contratos de prestación de servicios *-No. 260, No. 630, No. 784 y No. 014-* a WILMER JAVIER VACA CRUZ, para desempeñar su labor como médico general en el área de hospitalización y urgencias en diferentes centros de salud adscritos a la entidad.

Así las cosas, tal y como se advierte, el demandante ejerció efectivamente labores como médico general, en todos los casos, en la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio fuera por contratación directa *-contratos de prestación de servicios-* o a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, por el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 28 de febrero de 2010, con un breve lapso de interrupción de ocho días en septiembre de 2009.

Adicionalmente, se tiene que las actividades desarrolladas por el demandante son inherentes al objeto mismo de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, toda vez que el cargo de Médico General contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la prestación del servicio de salud. Igualmente se trata de actividades permanentes pues al ser innatas al objeto de la entidad requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

---

<sup>36</sup> Establecía el artículo 197, C. P. C.: *"La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se presume para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones y la audiencia de que trata el artículo 101"*. Esta norma jurídica persiste en el CGP, artículo 193, que incluso es perentorio: *"Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita"*.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Sobre ello, el Honorable Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 18 de julio de 2019 manifestó<sup>37</sup>:

*“(...) Como se advierte, las funciones asignadas a la actora no son transitorias como lo afirma la entidad, pues claramente se trata de labores inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.*

*De acuerdo a lo expuesto, se tiene que la entidad demandada tiene el deber de crear los empleos necesarios en su planta de personal para atender las funciones encomendadas en el acto de creación, y no acudir a la contratación de servicios para asegurar el cumplimiento de las tareas que le son inherentes, toda vez que dicho instrumento no puede ser utilizado para encubrir verdaderas relaciones laborales con la administración y eludir los derechos y garantías previstas a favor de los empleados públicos.”*

En el mismo sentido se pronunció dicho órgano de cierre en la sentencia de fecha 25 de julio de 2019 indicó<sup>38</sup>:

*“(...) Así las cosas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos u órdenes de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones, la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste. (...).”*

Como se observa, para el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es claro que un contrato de prestación de servicios no podía utilizarse para satisfacer necesidades administrativas inherentes al objeto social de una entidad. En esa medida, era irrelevante si las actividades desarrolladas por una persona se ejercían en un cargo de tipo administrativo, asistencial o médico -sector salud-.

Así, el objeto contractual de WILMER JAVIER VACA CRUZ como MEDICO GENERAL imponía el cumplimiento de actividades médicas en pro de prestar un servicio médico acorde a las exigencias que tenía la entidad demandada como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud.

### **3.3.3.2. La contraprestación recibida del demandante**

En cuanto a este segundo elemento, y teniendo en cuenta el período en que se demostró la prestación del servicio personal por parte del actor -1° de mayo

<sup>37</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 81001233300020130008701(4483-14). Demandante: Dwyver Carolina Medina Wilches. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca. Tema: Contrato prestación de servicios.

<sup>38</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 81001233300020130004101(3018-14). Demandante: Juan Antonio Perdomo González. Demandado: Hospital San Vicente de Arauca Tema: Contrato prestación de servicios.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

de 2007 al 28 de febrero de 2010-, se tiene por un lado, que mientras WILMER JAVIER VACA CRUZ ejerció su labor como médico general a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, fue debidamente remunerado, tal y como consta de los documentos relacionados en el ítem 3.3.2.

Ahora bien, a pesar de que en relación con la ejecución de los contratos de prestación de servicios no fue allegada prueba que demostrara el pago realizado por parte de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio al actor, también lo es, que no puede desconocerse que toda prestación llevada a cabo con ocasión de un negocio jurídico, trae consigo la existencia de un elemento de remuneración u honorarios, pues como bien se sabe, no existe bajo esa modalidad un contrato que sea gratuito.

Además, en los respectivos contratos de prestación de servicios estaba insertada la cláusula concerniente al valor y forma de pago.

Por último, el demandante nunca alegó dentro del libelo demandatorio que la entidad demandada se hubiere abstenido de cumplir esa obligación de pago.

Por lo tanto, la Sala aun previendo esa situación encuentra probado el segundo elemento.

### **3.3.3.3. La subordinación y los criterios determinantes de una relación subordinada**

Así como se indicó anteriormente, WILMER JAVIER VACA CRUZ ejerció funciones inherentes al objeto desarrollado por la entidad demandada, por un lapso comprendido entre el 1° de mayo de 2007 hasta el 28 de febrero de 2010 con un breve lapso de interrupción de ocho días en septiembre de 2009; por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento en forma permanente de funciones propias de la entidad que como tal no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por el contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, cumpliendo los horarios *-turnos-* establecidos por el Gerente y el Subdirector Científico de la entidad *-Jefe Inmediato del Médico General según el Manual Específico de funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio-*, los cuales según las pruebas documentales eran concertados mes a mes, fijando tres jornadas así: mañana de 7:00 am a 1:00 pm, tarde de 1:00 pm a 7:00 pm y noche de 7:00 pm a 7:00 am y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

Para la Sala, los testimonios a los que se hizo alusión en párrafos precedentes, permiten concluir que el actor cumplía las mismas funciones y horarios de trabajo que los empleados de planta, afirmaciones que en ningún momento fueron desvirtuadas a través de otros medios de prueba.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad demandada solo allegó una relación de los médicos generales vinculados a la planta de personal 2006-

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

2010, sin especificar la intensidad horaria manejada por esos profesionales de la salud, ni que la misma fuera disímil con aquellos contratados bajo la modalidad de prestación de servicios.

Aunado a ello, debe indicarse que los médicos vinculados a la planta de personal de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio durante los años 2006 al 2010 era mínima en relación con aquellos que lo hicieron bajo la modalidad de prestación de servicio, práctica que por sí sola no desvirtúa la posibilidad de que se establezca una relación laboral.

Ello puede corroborarse con los listados visibles a folios 30 a 39 del cuaderno de anexos No. 2, en donde por ejemplo, en el año 2006 la vinculación de los médicos de planta eran tres, mientras que por prestación de servicios sumaban alrededor de 47 profesionales de la salud. Dicha tendencia se mantuvo durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

Debe decirse en este punto, que si bien durante gran parte de la vinculación de VACA CRUZ no fue posible determinar cuales fueron de manera específica las obligaciones desarrolladas en su calidad de médico general, ya que precisamente la misma se llevó a cabo a través de contratos suscritos entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL –*intermediación laboral*–, en donde al tratarse de una contratación global de profesiones –*médico, enfermero, bacteriólogo, odontólogo, auxiliar de enfermería, auxiliar de laboratorio clínico, auxiliar de farmacia, auxiliar de odontología*– esos deberes se establecieron de una forma general, lo cierto es que ello no era óbice para desconocer que el demandante ejerciera funciones distintas a los de planta, ya que como se dijo en párrafo precedente, era mucho más el personal contratado por prestación de servicios al de nómina permanente de la entidad de salud.

Ello indefectiblemente conllevaba a concluir, que las funciones a desarrollar de un médico general contratado por prestación de servicios fueran similares a las de un profesional de la salud de planta dentro de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

Además, prestaba el servicio dentro de las instalaciones que la misma Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio le proporcionó totalmente equipada para desarrollar las actividades contratadas, las cuales eran propias del giro ordinario de la entidad.

Destaca la Sala que de acuerdo con los lineamientos constitucionales establecidos en la Sentencia C-171-12<sup>39</sup>, 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 servicios de Salud, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, la Honorable Corte Constitucional ha insistido

---

<sup>39</sup> En la citada sentencia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, y se consagra la posibilidad de operación con terceros para las Empresas Sociales del Estado, autorizando a las ESEs para que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

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, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución y que tiene por 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.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Honorable Corte Constitucional<sup>40</sup> ha acudido a los siguientes criterios de identificación: "(i) 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) criterio de igualdad, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral".

El Honorable Consejo de Estado en la mencionada sentencia de fecha 25 de julio de 2019 sobre este elemento consideró:

*"(...) Las anteriores labores, a juicio de esta Subsección, no pueden ser consideradas como actividades esporádicas ejercidas por el Hospital, sino que tienen un carácter permanente, en tanto que el control de facturación y el recibo diario de dinero en el área de caja en urgencias en el ente hospitalario, hacen parte de los servicios esenciales para el correcto funcionamiento de éste.*

*De igual forma, debe tenerse en cuenta que las labores ejercidas por el señor Juan Antonio Perdomo González no permitían la autonomía y liberalidad en su ejecución, siendo este un elemento intrínseco de la modalidad contractual por medio del cual fue vinculado, así como tampoco se puede afirmar que estas eran realizadas en virtud de la cooperación que debe existir entre contratante y contratista, pues estas están ligadas estrechamente a la prestación efectiva del servicio público.*

*(...) Conforme a las pruebas documentales y la declaración previamente transcrita, se encuentra que el actor siempre estuvo bajo condiciones de subordinación y cumplió los horarios establecidos por la entidad, circunstancias que permiten inferir que la prestación del servicio no se llevó a cabo en forma autónoma e independiente como lo regula el numeral 3 del artículo 32 de la Ley*

---

<sup>40</sup> Sentencia C-614 de 2009.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*80 de 1993 y, en consecuencia, resulta procedente la declaratoria de la existencia del contrato realidad.*

*Así las cosas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos u órdenes de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones, la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.*

*No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la prestación del servicio por un periodo superior a cinco años, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a los funcionarios de planta de la entidad. (...)."*

Es importante destacar que hasta el momento no existe una posición unificada al interior de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en lo que concierne al estudio de fondo del elemento de la subordinación para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral, lo cual ha generado decisiones en uno u otro sentido, es decir, accediendo o denegando a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, porque mientras la subsección "A" es del criterio de que el cumplir horario, prestar el servicio en las instalaciones de la demandada y con equipos de este, tener un supervisor y existir en la planta cargo con funciones similares, no son prueba del elemento de la subordinación de la relación laboral, la subsección "B" plantea un razonamiento diferente tal y como así se demuestra en sus providencias al señalar<sup>41</sup>:

*"(...) 37. El testimonio rendido indica una percepción directa de los aspectos de tiempo, modo y lugar sobre la prestación del servicio de la actora, afirma lo que se establece en el objeto y varias de las funciones transcritas de los contratos, como de las circulares y memorandos (fs.98 a 104), que permiten considerar que dichas obligaciones (i) se exigían tanto de los médicos de planta como de la señora contratista por el HOSPITAL demandado, (ii) que se ejecutaron sin liberalidad y bajo subordinación con (iii) cumplimiento de horarios y dependencia a unos superiores, dentro de las instalaciones y con elementos propios de la entidad.*

<sup>41</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020). Radicación número: 27001-23-33-000-2017-00043-01(3675-19). Actor: YAKELIN LOZANO MORENO. Demandado: HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN FRANCISCO DE ASÍS DE QUIBDÓ ESE - EN LIQUIDACIÓN. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTRATO REALIDAD. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - LEY 1437 DE 2011. Ver también: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18). Actor: VÍCTOR MARIO BERMÚDEZ PARRA. Demandado: METROSALUD ESE. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTRATO REALIDAD. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - LEY 1437 DE 2011.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

38. *En consecuencia resultan probados los elementos de una verdadera relación laboral, atendiendo a los principios de la sana crítica, al revisar el caudal probatorio obrante, siendo incuestionable (i) que existió el ánimo permanente de contratar a la actora por parte de la entidad accionada, al reflejarse la continuada y atemporal contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza de la entidad demandada, y fueron ejecutadas de forma (iii) subordinada; entonces, se confirmará la sentencia recurrida pero se modificará en cuanto se declarará que la prescripción operó sobre el periodo del 2 al 30 de septiembre de 2013, como se explicó. (...).*"

Por lo tanto, y mientras no exista una línea jurisprudencial definida por el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, el operador judicial deberá determinar la existencia o no de ese elemento, valorando en todo caso, el material probatorio allegado al plenario, atendiendo a las particularidades del asunto en concreto.

En ese orden de ideas y en posición mayoritaria de la Sala, como la función contratada por la entidad demandada requirió de la prestación del servicio por un período de casi tres años para desarrollar actividades inherentes al objeto de la entidad, emerge en realidad, una relación laboral entre las partes aunque éstas le hayan dado el nombre y forma de un tipo de contratación diferente.

Es importante precisar que la subordinación no depende del nombre del cargo o de la profesión que se ostenta. Ella obedece a las condiciones en que se desarrollan las actividades definidas en las obligaciones contractuales y si dichas actividades hacen parte del objeto misional de la entidad.

La prueba documental aunada a la testimonial, dan convencimiento a la Sala de la existencia de una relación laboral entre el 1° de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2010 con un breve lapso de interrupción de ocho días en septiembre de 2009, en tanto se deduce la *subordinación* del demandante hacia la entidad demandada.

De conformidad con todo lo expuesto, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral tanto del período en que el servicio se desarrolló a través de contratos de prestación de servicios como el que se llevó a cabo por intermedio de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL.

En este punto, es importante señalar que el Honorable Consejo de Estado ha indicado que en eventos como el que aquí se discute, es decir, cuando la prestación del servicio se realiza a través de una intermediación laboral se pregona una responsabilidad solidaria, de allí que, tanto la Cooperativa y la entidad pública donde se prestan los servicios, asumen como empleadores, cualesquiera de los dos.

En tal sentido, el Alto Tribunal en mención, en sentencia del 23 de febrero de 2011, puntualizó<sup>42</sup>:

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente con radicación interna 0260-09. C. P. Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

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

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

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

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

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

Por lo tanto, el hecho de que exista una intermediación laboral, entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, no quiere decir, que la entidad pública demandada, no se haga responsable de las consecuencias derivadas del acaecimiento de un contrato realidad, ya que como bien lo señala la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, existe un juicio de solidaridad, que permite imponer órdenes y deberes al tercero beneficiado con la prestación del servicio, inclusive, si a lo largo del proceso judicial, se vincula

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

o no a las Cooperativas de Trabajo Asociados como sujetos propios de la vinculación y observancia del servicio encomendado y a la vez prestado.

Así las cosas, durante el período de tiempo en que el actor ejerció labores en la Empresa Social de Estado del Municipio de Villavicencio a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado *SERVISOCIAL -1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2009-*, se configuró una responsabilidad solidaria de las mismas y así deberá disponerse en la parte resolutive.

Situación diferente se presenta en cuanto al período comprendido entre el 1° de junio de 2009 al 28 de febrero de 2010 *–con lapso de interrupción de 8 días en el mes de septiembre de 2009-*, en donde la vinculación se llevó a cabo a través de contrato de prestación de servicios celebrados de manera directa entre el actor y la Empresa Social de Estado del Municipio de Villavicencio, siendo entonces, que el único obligado a responder sea la entidad demandada.

Por su parte, en lo concerniente al fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos laborales, la Sala Plena de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado a través de sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016 de la cual se hizo referencia en párrafos anteriores, señaló lo siguiente:

*“(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos **habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización**, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.”*  
(Subrayado y negrilla de la Sala)

Y más adelante señaló:

*“(...) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.”*

En este caso, no se acredita la figura de la prescripción trienal, ya que se evidencia que el demandante reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral *-7 de mayo de 2010-*, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual *-28 de febrero de 2010-*.

Tampoco se aplica la prescripción respecto de los aportes pensionales en tanto que en la mencionada sentencia de unificación el Honorable Consejo de Estado señaló:

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*“(…) Resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”*

Se precisa que la decisión que aquí se adopta no comporta el reconocimiento del status de empleado público, y por consiguiente, la pretensión de reintegro, no resulta procedente, puesto que *“no puede reintegrarse a quien no ha sido desvinculado de un empleo público”*<sup>43</sup>.

Así las cosas, y atendiendo a los parámetros establecidos por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el presente asunto se condenará en lo que corresponda de manera solidaria o individual a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVISOCIAL al pago de las **prestaciones sociales** pagadas de la misma forma que se reconoce a quienes desempeñen empleos de planta de igual categoría, para lo cual se tomará como base de liquidación el 40% del valor pactado en los contratos de prestación de servicios o en el acuerdo Cooperativo, dentro del periodo comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 28 de febrero de 2010, excluyendo los lapsos de interrupción, por breves que sean.

Es decir, de manera solidaria de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVISOCIAL, entre el período del 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2009 y de ahí en adelante únicamente a cargo de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO, según las consideraciones subsiguientes.

Así lo ha establecido el Tribunal Administrativo de Arauca en las providencias que sobre el asunto ha tratado, posición que ha sido confirmada por el Consejo de Estado<sup>44</sup>:

*“(…) En consecuencia, se ordenará que el Hospital San Vicente de Arauca, pague al señor JUAN ANTONIO PERDOMO GONZALEZ, la totalidad de las*

<sup>43</sup> C.E. Sección Segunda, Subsección A, CP. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 1001 – 2012.

<sup>44</sup> Tribunal Administrativo de Arauca. Sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No: 81001 -2333-003-2013-00041 -00 NATURALEZA: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO DEMANDANTE: JUAN ANTONIO PERDOMO GONZALEZ DEMANDADO: HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA MAGISTRADO PONENTE DR. CARLOS ALBERTO HERNANDEZ. Sentencia confirmada por el Consejo de Estado el 25 de julio de 2019.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*prestaciones sociales que se reconocían a los empleados de la entidad, tomando sus honorarios contractuales como base para la liquidación (...)."*

En suma, en la liquidación de la sentencia se deberá incluir: (i) a "prestaciones sociales" que de manera normal o común le paga la entidad a sus médicos generales de planta -*Lo que excluye conceptos como aportes parafiscales, cajas de compensación, entre otros-*, (ii) sobre el 40% del valor de los honorarios pactados en cada contrato suscrito y (iii) solo por el lapso total de la vinculación como quiera que hubo interrupción en la prestación del servicio, como así se dijo por un lapso de 8 días en el mes de septiembre de 2009.

Sobre la manera en que se deben reconocer las prestaciones compartidas -*como lo son salud y pensión-*, ésta Corporación ha expresado:

*"(...) iii. Respecto de los pagos a que se condena a la entidad estatal por aportes a pensión y salud, debe tenerse en cuenta que durante los periodos contratados, el contratista debía hacer los aportes a pensión y salud por su cuenta de la remuneración que recibía por honorarios, toda vez que en cada contrato se incluyó esa obligación a cargo de Hernández Benítez y era un requisito legal para pagarle las cuentas mensuales. Como quiera que no existe controversia por honorarios dejados de pagar y por el contrario, obran actas de liquidación en los que las partes se declaran mutuamente a paz y salvo, significa que tales aportes se hicieron, o en caso de alguna omisión del entonces contratista, debe asumir a su cargo la consecuencia de faltar a lo pactado. Por lo tanto, no hay lugar a efectuar pago alguno a la Eps o al fondo de pensiones.*

*Pero con la decisión judicial de reconocer la relación laboral, se impone que el hoy demandante reciba de la entidad el valor equivalente al porcentaje con el cual ella debía concurrir al pago de tales aportes, como ocurre con todo trabajador, pues no es legal ni de Justicia, que siendo cotizaciones compartidas, una de las partes asuma el pago de la otra.*

*Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en tratándose de contratistas de prestación de servicios, los aportes a salud y pensión los efectúan sobre el 40% de los honorarios pactados (Decreto 1703/02, Decreto 510 de 2003, Circular 000001 de 2004 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social).*

*En la concurrencia en las cotizaciones, en cuanto a salud el porcentaje es del 12.5%, del cual el empleador aporta el 8.5% (que equivale al 68% de la cotización total) y el trabajador aporta el 4% (que equivale al 32% de la cotización total); en pensiones, el porcentaje es del 16%, del cual el empleador aporta el 12% (que equivale al 75% de la cotización total) y el trabajador aporta el 4% (que equivale al 25% de la cotización total). Al efectuar la ponderación matemática de la concurrencia en las dos cotizaciones, arroja como resultado que del 40% que pagó el entonces contratista, la entidad estatal debía aportar el 71.93% y el otro 28.07% le correspondía al hoy demandante.*

*Por lo tanto, Uaesa sólo le debe pagar por pensión y salud, el 71.93% de lo que Hernández Benítez le demuestre que pagó por tales conceptos, por cada uno de los periodos contratados, teniendo como base máxima el 40% de los honorarios. Si el demandante hizo aportes por debajo de lo que le era exigible legalmente, Uaesa le pagará el 71.93% del respectivo valor que resulte probado, y en caso que las cotizaciones hubieran superado el 40% de los honorarios -era y es obligación aportar por todos los contratos e ingresos que*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*se perciban al mismo tiempo-, el pago se aplicará teniendo como máximo ese 40% de cada contrato. La reparación que se ordena judicialmente no puede conducir a un enriquecimiento sin causa de ninguna de las partes"*

Así las cosas, deberá tomarse en cuenta los porcentajes vigentes para las cotizaciones por concepto de pensión año por año a cargo del empleador sobre el 40% del valor de cada contrato, suma que se consignará al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante.

En ese sentido, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVISOCIAL dentro del período de la relación laboral que les corresponda a cada uno de manera compartida o individual, deberán pagar los aportes pensionales reconocidos al demandante en la proporción que les impone la Ley, los cuales serán desembolsados directamente a la administradora de pensiones.

Es decir, que si existe una diferencia entre los aportes que debieron efectuarse y los realizados por WILMER JAVIER VACA CRUZ, esa es la que deba sea girada por la entidad condenada pero al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la persona.

Ello fue así previsto por el Honorable Consejo de Estado a través de la sentencia del 26 de octubre de 2017, con radicación No. 81001233300020130011801, Consejera Ponente: Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se le ordenó a la entidad estatal que *"proceda a cancelar al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliada la actora, los aportes a las cotizaciones en pensión en la proporción que le corresponde asumir por ley"*.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar en forma idónea y suficiente ante la demandada los pagos que efectuó a pensión durante cada uno de los lapsos contractuales; y la entidad condenada deberá constatar mes a mes los aportes que aquel debió efectuar con base en el señalado 40% de IBC y los realizados por el contratista.

En caso de existir diferencia en contra del demandante, esto es, que cotizó sobre una suma menor a la que le correspondía por ese 40%, la entidad debe aportar al respectivo fondo o Administradora de pensiones, su cuota parte que le correspondería como empleadora sobre esa fracción no cotizada.

Y ha recalcado el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>45</sup> que *"En cuanto a la reclamación del reembolso tanto de los aportes a salud como a pensión, efectuados por la accionante, la Sala precisa que dicha pretensión debe denegarse, habida cuenta de que la demandante, como contratista, estaba obligada al pago de dichos montos parafiscales y en consecuencia, no es posible la devolución de lo que correspondía desde el punto de vista de la ley. Lo que en cambio se ordenará es que del valor que se le pague a la señora Esperanza Enriquez Torres, se deduzca lo pertinente para ser remitido al sistema de salud y pensión, respectivamente"*.

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO. sentencia del 17 de octubre de 2017, rad. 520012333000201400062-01, (4095-15). Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Con respecto al reconocimiento y pago de horas extras requeridas, recargos nocturnos, dominicales, festivos causados y dineros retenidos, se debe precisar que el demandante no logró probar la existencia de las mismas, por lo que igualmente se despacha desfavorablemente tal pretensión. E igual, se niegan las pretensiones referidas a diferencias salariales, salarios debidos, primas extralegales, pues además que no se probaron, su reclamo no corresponde a este tipo de proceso.

En cuanto al reconocimiento y pago de sanción moratoria, se debe indicar que no se dispondrá el pago de tal indemnización *-numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990-*, teniendo en cuenta que es sólo a partir de ésta sentencia que surge el derecho para el actor y la obligación para la ESE del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servisocial, del pago del auxilio de cesantías, y por tanto, no puede predicarse que exista mora en el reconocimiento ni en el pago de la misma por parte de los accionados, condición necesaria para que sea viable la condena por dicho concepto.

No habrá lugar al pago de perjuicios morales, por cuanto los mismos no fueron probados en el proceso por WILMER JAVIER VACA CRUZ.

De acuerdo con lo anterior, las sumas que resulten serán ajustadas aplicando la fórmula jurisprudencialmente aceptada para el efecto por el Honorable Consejo de Estado así:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el corresponde a la prestación social adeudada al demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DAÑE vigente para la fecha de ejecutoria de esta sentencia y el índice inicial de precios al consumidor, certificado por el DAÑE a la fecha en que debió efectuarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

### **3.3.4. Llamados en garantía**

Para el caso que nos ocupa, la figura del llamamiento en garantía, se encuentra regulada en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, al cual se acude por expresa remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, norma que preceptúa:

*“Artículo 57. Llamamiento en garantía. Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.”*

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

De la norma transcrita se tiene, que el llamado en garantía es llevado al proceso como un tercero, cuyo objeto es exigirle que responda por la obligación que se deriva de una eventual condena en contra del llamante.

Bajo esa premisa, se amerita una condena previa, para que dentro del mismo proceso y sentencia, confrontada la relación legal o contractual entre llamante y llamado, se disponga el reembolso por parte de este último al primero.

Dentro del caso objeto de estudio, habiéndose demostrado la existencia de una relación laboral en el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 28 de febrero de 2010, corresponde a la Sala dilucidar los llamamientos en garantía presentados por la Empresa Social de Estado del Municipio de Villavicencio frente a las aseguradoras, que a través de la expedición de las respectivas pólizas, garantizaron las obligaciones contractuales previstas durante dicho lapso reconocido.

Ante ello, debe decirse que en relación con la vinculación de Liberty Seguros S.A., la misma se hizo en virtud de la póliza expedida para garantizar las obligaciones del contrato suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SURGE; sin embargo, y como quiera que durante ese lapso de ejecución no se reconoció relación laboral a favor del demandante, no hay nada que obligue a dicha aseguradora a asumir la condena que se imponga en contra de la entidad demandada.

**3.3.4.1.** Dicho ello, se tiene que la vinculación de Condor S.A. Compañía de Seguros General en Liquidación al proceso de la referencia, se dio en virtud de la celebración del contrato No. 133 de 2007, suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, por el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2008, dentro del cual se expidieron las pólizas, que garantizaron lo siguiente:

- Póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 300002499 expedida el 1° de mayo de 2007, con vigencia desde el 1° de mayo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2009, cuyo tomador es la cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL, el asegurado es la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y el beneficiario terceros afectados, por el amparo denominado predios, labores y operaciones. Dicho documento fue modificado ampliando la vigencia hasta el 29 de mayo de 2010, aumentado los valores asegurados.

Póliza de seguro de cumplimiento No. 300002499, expedida el 1° de mayo de 2007, con vigencia desde el 1° de mayo de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010, cuyo tomador es la cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL y el asegurado y beneficiario es la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, por los amparos denominados: cumplimiento, pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones y calidad del servicio. Dicho documento fue modificado ampliando la vigencia hasta el 29 de mayo de 2011, aumentado los valores asegurados.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

De acuerdo a las citadas garantías, la Sala encuentra que la condena durante el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2008, está debidamente cubierta por la póliza expedida por Condor S.A. Compañía de Seguros General en Liquidación, siendo aplicable el amparo de “pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones”, sin que se haya demostrado por parte de la llamada en garantía alguna causal de exclusión o exoneración, al no haberse aportado dentro del trámite del proceso las condiciones generales de dicha póliza, que no es cosa distinta, al marco de referencia para el seguro a contratar, el cual contiene las regulaciones y estipulaciones por las que se rige dicho contrato.

Debe indicarse en este punto, que a folios 512 a 519 del plenario, consta la Resolución No. 269 del 4 de mayo de 2016 “Por medio de la cual se ordena declarar terminada la existencia legal de Córdor S.A. Compañía de Seguros Generales en liquidación forzada administrativa”. En dicho acto administrativo se dispuso entre otros, los siguientes considerandos:

*“(…) **VIGÉSIMA SEGUNDA.-** A la fecha, los procesos judiciales y administrativos que se encuentren pendientes de una decisión final fueron cedidos por esta entidad en liquidación al patrimonio autónomo de remanentes administrado por FIDUAGRARIA S.A., para que en calidad de mandataria realice el control y seguimiento de la actividad de los diferentes apoderados de Córdor S.A., en liquidación en dichos procesos.*

*“(…) **VIGÉSIMA CUARTA.-** EL 30 de diciembre de 2015, se celebró un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos de remanentes con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., en virtud del cual, esa entidad ejecutará el siguiente objeto:*

*“El objeto del presente CONTRATO es la constitución de un Patrimonio Autónomo de Administración y Pagos de Remanentes bajo la administración y vocería de la FIDUAGRARIA destinado a:*

*(...) d. Atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte el FIDEICOMITENTE.*

*e. Efectuar la provisión y el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo de CÓNDOR EN LIQUIDACION en el momento que se hagan exigibles producto de procesos judiciales o administrativos.*

*“(…) PARÁGRAFO TERCERO: Las partes dejan expresa constancia que ni la FIDUCIARIA ni el Patrimonio Autónomo ostentan la calidad de cesionarios o subrogatorios de las obligaciones del FIDEICOMITENTE. La FIDUCIARIA, únicamente actúa en calidad de vocera y administradora de los recursos y activos fideicomitidos. (...)”*

Mediante escrito del 12 de febrero de 2018 el patrimonio Autónomo y Contingencias de Córdor S.A., informó lo siguiente:

*“(…) que no se procederá con el nombramiento de nuevo apoderado, por cuanto el Patrimonio Autónomo de Remanentes y Contingencias de Córdor S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil celebrado el día 30 de diciembre de 2015, no entregó para administración a la sociedad fiduciaria el proceso identificado con el radicado No. 50001-23-31-000-2010-00567-00.*

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

*Lo anterior debido a que una vez revisados de manera cuidadosa los citados documentos (contrato de fiducia, anexos del contrato y manual operativo), se evidencia que no se registra obligación alguna de hacer, por parte del Patrimonio Autónomo, acreencia o derecho reconocido a favor de la acción de la referencia.*

*Se debe aclarar que la obligación que le atañe a la sociedad fiduciaria es la de única y exclusivamente administrar los bienes y haberes constituidos en el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES Y CONTINGENCIAS DE CONDOR S.A. y los cuales fueron explícitamente calculados y destinados por parte del liquidador de la extinta aseguradora, a los acreedores reconocidos dentro del proceso de liquidación, por ello, bajo ninguna circunstancia la sociedad fiduciaria cuenta con la facultad de intervenir y/o destinar rubros o concepto diferente para los cuales fueron preestablecidos por el liquidador.*

*Para finalizar, se debe precisar que FIDUAGRARIA S.A., no asume representación legal a nombre y en representación del extinto Cóndor S.A., y en ningún momento la Fiduciaria ocupa la calidad de parte, cesionaria o subrogataria de las obligaciones de la misma. (...)." (Folios 543 a 544 del expediente)*

En vista de lo antes mencionado, se tiene que si bien el pago de las prestaciones sociales estuvo incluido dentro de los riesgos asegurados por la llamada en garantía dentro de la póliza de cumplimiento No. 300002499 y sus respectivas prórrogas, también lo es, que la Sala no puede ordenar se haga efectiva la misma a favor de la entidad demandada hasta el límite del valor asegurado, en tanto que según lo manifestado por parte del Patrimonio Autónomo de Remanentes y Contingencias de Cóndor S.A., los recursos con lo que contaba la extinta aseguradora fueron destinados a rubros específicos preestablecidos por su agente liquidador, no estando en ellos, lo discutido a través del medio de control de la referencia. Así mismo, la sociedad fiduciaria no estaba facultada legalmente para modificar ningún concepto, como quiera solo actuaba en calidad de vocera y administradora de esos dineros.

**3.3.4.2.** Ahora bien, la vinculación de la Aseguradora Solidaria de Colombia, se dio en virtud de la celebración del contrato No. 178 de 2008, suscrito entre la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, por el período comprendido entre el 1° de junio de 2008 al 31 de mayo de 2009, dentro del cual se expidieron las pólizas, que garantizaron lo siguiente:

- Póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 994000001599 expedida el 6 de junio de 2008, con vigencia desde el 1° de junio de 2008 hasta el 2° de mayo de 2011, cuyo tomador es la cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL, el asegurado es la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y el beneficiario terceros afectados, por el amparo denominado predios, labores y operaciones. Dicho documento fue modificado ampliando la vigencia hasta el 2 de octubre de 2011, aumentado los valores asegurados.

- Póliza de seguro de cumplimiento No. 994000004802, expedida el 1° de junio de 2008, cuyo tomador es la cooperativa de trabajo asociado SERVISOCIAL y el asegurado y beneficiario es la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, por los amparos denominados: cumplimiento, pago de

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones y calidad del bien o servicio. Dicho documento fue modificado ampliando la vigencia y aumentado los valores asegurados.

Teniendo en cuenta las citadas garantías, la Sala encuentra que la condena durante el período comprendido entre el 1° de junio de 2008 al 31 de mayo de 2009, está debidamente cubierta por la póliza expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia, siendo aplicable el amparo de “*pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones*”, sin que se haya demostrado por parte de la llamada en garantía alguna causal de exclusión o exoneración, al no haberse aportado dentro del trámite del proceso las condiciones generales de dicha póliza, que no es cosa distinta, al marco de referencia para el seguro a contratar, el cual contiene las regulaciones y estipulaciones por las que se rige dicho contrato.

En ese sentido, se tiene que el pago de las prestaciones sociales estuvo incluido dentro de los riesgos asegurados por la llamada en garantía en la póliza de cumplimiento No. 994000004802 y sus respectivas prórrogas, siendo entonces, que se ordene en virtud de la misma, se reintegre a favor de la entidad demandada los dineros que se paguen con ocasión de esa condena hasta el límite del valor asegurado, en relación al tiempo transcurrido del 1° de junio de 2008 al 31 de mayo de 2009.

#### 4. Otros aspectos

**4.1. Costas.** La Sala se abstendrá de condenar en costas<sup>46</sup>, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que hiciera merecedora a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

**4.2. Comunicación y remisión.** Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

#### 5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### FALLA

**PRIMERO: DECLARESE** la nulidad del oficio No. 100.25-142 del 14 de mayo de 2010, proferido por la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

<sup>46</sup>, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

*Radicación:* 50001-2331-000-2010-00567-00

*Demandante:* WILMER JAVIER VACA CRUZ

*Demandado:* EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** la existencia de la relación laboral entre WILMER JAVIER VACA CRUZ y la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, en el período comprendido entre el 1° de mayo de 2007 al 28 de febrero de 2010, excluyendo los lapsos de interrupción, por breves que sean, de conformidad con precisos lineamientos expuestos en la parte motiva.

**TERCERO:** Como restablecimiento del derecho, **ORDÉNESE** en forma solidaria a la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio y a la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVISOCIAL, a pagar a WILMER JAVIER VACA CRUZ el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan los empleados de planta de la entidad en el cargo de MEDICO GENERAL, liquidadas conforme a los honorarios pactados en los contratos, por el tiempo comprendido entre 1° de mayo de 2007 al 31 de mayo de 2009, liquidados conforme al valor en que fue contratado, sumas que serán ajustadas conforme lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando la fórmula establecida en la jurisprudencia dispuesta en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Como restablecimiento del derecho, **ORDÉNESE** a la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio a pagar a WILMER JAVIER VACA CRUZ el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan los empleados de planta de la entidad en el cargo de MEDICO GENERAL, liquidadas conforme a los honorarios pactados en los contratos, por el tiempo comprendido entre 1° de junio de 2009 al 28 de febrero de 2010 -excluyendo el lapso de interrupción de los 8 días del mes de septiembre de 2009-, liquidados conforme al valor en que fue contratado, sumas que serán ajustadas conforme lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando la fórmula establecida en la jurisprudencia dispuesta en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: CONDENESE** a título de restablecimiento del derecho a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVISOCIAL dentro del período de la relación laboral que les corresponda a cada uno de manera compartida o individual, a efectuar los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, constatando mes a mes los aportes que aquel debió realizar con base en el señalado 40% de Ingreso Base de Cotización y los realizados por el contratista. Y en caso de existir diferencia en contra del demandante, esto es, que cotizó sobre una suma menor a la que le correspondía por ese 40%, la entidad debe aportar al respectivo fondo o Administradora de pensiones, su cuota parte -La de la ESE o COOPERATIVA- que le correspondería como empleadora sobre esa fracción no cotizada.

**SEXTO: ORDENESE** a la Aseguradora Solidaria de Colombia, llamada en garantía, a reembolsar a favor de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio el valor de las condenas aquí impuestas por el período del 1° de junio de 2008 hasta el 31 de mayo de 2009, hasta el límite y porcentaje del valor asegurado en la póliza de cumplimiento No. 994000004802.

**SEPTIMO:** Dese cumplimiento a lo aquí dispuesto dentro del término previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**Radicación:** 50001-2331-000-2010-00567-00

**Demandante:** WILMER JAVIER VACA CRUZ

**Demandado:** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

**OCTAVO: NIEGUENSE** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**NOVENO:** Abstenerse de condenar en costas en esta instancia.

**DECIMO: ORDENESE** que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver al demandante el saldo respectivo.

**DECIMO PRIMERO: ORDENESE** que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

**DECIMO SEGUNDO: ORDENESE** que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha

  
**LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO**  
Magistrada

  
**LUIS NORBERTO CERMEÑO**  
Magistrado  
Salvo voto

  
**YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO**  
Magistrada



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

### **SALVAMENTO DE VOTO: LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Expediente: 50001 2331 000 2010 00567 00  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: Wilmer Javier Vaca Cruz  
Demandado: Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio  
M.P: Lida Yannette Manrique Alonso

Arauca, 30 de octubre de 2020

Como lo expuse en la sesión de la Sala, no comparto la decisión que se adopta, toda vez que en mi criterio no se demostró el elemento de subordinación en este caso.

a. Como lo he sostenido desde siempre, la mera existencia de contratos, como tampoco el simple cumplimiento de horarios, el uso de equipos e instalaciones de la entidad, la asignación de turnos o de supervisor, la continuidad de la vinculación o la presencia de empleados de planta para las mismas labores, entre otros aspectos necesarios para coordinar y asegurar el servicio por el cual se paga, no acredita el elemento decisorio en este tipo de proceso. Lo fundamental es que se demuestre en idónea y suficiente forma la manera como se ejecutaron los contratos, es decir, cómo se adelantaron las actividades pactadas.

b. El demandante apenas aportó unos pocos cuadros de turnos mensuales, lo que significa que no siempre laboró en cumplimiento de los mismos.

Y en contrario al dicho de la demanda, se demostró con tales documentos pues así consta en su texto, que los turnos no se imponían, sino que se concertaban y aun, se fijaban solo por el propio médico -Desvirtúa la subordinación- y así los firmó Vaca Cruz, manifestación de su voluntad que en este proceso no tachó ni desvirtuó con algún vicio de consentimiento.

c. Y sobre los testimonios en este aspecto, Sánchez dice que los turnos los hacía la ESE -Lo que con lo anterior se demuestra que es falso-, y agregó que los hacía generalmente el subdirector científico y que había evidencia de los turnos firmados por la ESE -Lo que se reitera no es cierto; solo los firmaban los médicos, en este caso, Vaca Cruz-; y la Gerente de Servisocial en su exposición afirmó que era ella la que los hacía; con lo que se desmiente que eran impuestos -Que se reitera, aun si fuera así, es apenas elemental que la entidad le exija a los contratistas un orden y no es dable permitir que se le pague a una persona para que asista cuando quiera-. Pero es importante desatacar que agregó Sánchez -Médico también contratado en las mismas condiciones de Vaca Cruz- que "yo escogía las tardes" para ir a prestar los servicios y se le aceptaba -Lo que demuestra que para los médicos no había subordinación, sino coordinación o concertación; escogían a su discrecionalidad los turnos en los que podían o querían ir a los centros de salud de la ESE- y que si se necesitaba hacer cambios como lo expresó Sánchez, solo llamaba por teléfono o coordinaba con otros médicos el cambio o su remplazo en los que había concertado y los cobraba o compensaba con el otro médico -Clara muestra que esa forma de cumplir las labores no es subordinación; es autonomía-. Pero además, expresó que no sabía qué turnos cumplía Vaca Cruz ni cómo hacía su trabajo.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Y lo más importante de su declaración, lo que en realidad definía y fijaba la decisión del proceso: Al preguntársele si se les imponía a los médicos cómo debían ejercer sus actividades, fue concreto y lo dice con propiedad: "*Teníamos autonomía*" en nuestra labor, y agregó que nadie les podía imponer cómo hacerla.

d. Y es que no podía ser diferente su respuesta y su comportamiento. Un médico tiene que ser autónomo en el ejercicio de su labor profesional; si no lo es, viola la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica; autonomía a lo que además lo obligaban todos los contratos en la primera de sus obligaciones que pactó. Con solo esto, se ratifica de manera contundente que no existió subordinación del médico Vaca Cruz.

Diferente el caso a una enfermera que atiende pacientes -No la ejerce actividades por ej, administrativas, o de promoción de salud-, o a una instrumentadora quirúrgica que está en la sala de cirugía -No la que ejerce actividades administrativas-, que considero no tienen autonomía, pues en todo deben sujetarse a las órdenes médicas; una instrumentadora no puede decirle al médico que en lugar del bisturí pedido le va a pasar unas tijeras; o una enfermera no puede decir que en lugar de una inyección intravenosa va a darle una pastilla a un paciente; estos sí son elementos de subordinación, que junto con otros que se demuestren, llevarían a acceder. Pero el médico sí puede decidir según su propio criterio cómo ejerce su labor, lo que desvirtúa la subordinación. Más aquí, cuando podía el médico decidir de manera autónoma y libre sin pedir permiso ni consultar, cuándo ir a trabajar, cambiar su turno y podía concertar con otro para que lo reemplazara y con este que lo cubría, podía compensarle el turno o pagarle.

e. Sobre el testimonio de Wilson Contreras, también queda en evidencia que no es cierto lo que dice en cuanto a que los turnos los establecía el subdirector científico y que ellos no participaban como médicos en la elaboración de los turnos -En las notas precedentes se demuestra que cada médico concertaba sus turnos y el cuadro lo firmaba solo él-; pero sí ratifica que los turnos se podían cambiar a discreción, para ello solo se llamaba a un médico que lo pudiera reemplazar y el otro acudía a suplirlo -Esto no es subordinación-.

f. La cantidad de horas de cada turno eran mínimas, excepto en la noche. Por eso, hay meses en que trabajaban los médicos 180 horas, pero en otros meses podían reducirlas a 168, o a 162, lo que ratifica que era su disposición la que fijaba el tiempo en la ESE.

g. Esa autonomía de disponer de un número variable de horas y de escoger sus propios turnos, le permitía al médico prestara de manera simultánea sus servicios a otras entidades, según su propia y unilateral conveniencia. Luego no había subordinación para con la ESE, tenía autonomía para organizarse y prestar el servicio a varios empleadores. Lo cual no podían hacer los médicos de planta, si es que procediera la comparación entre ellos.

Pruebas:

Al mismo tiempo en que la ESE contrató a Vaca Cruz, el médico también le prestó servicios simultáneos a:

- Talentum: Prueba que le cotizó como empleador a Pensiones a Vaca Cruz entre septiembre de 2009 a febrero de 2010 (fl. 618, c.3).



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

- Talentum y el Edificio El Pinar: Prueba que le cotizaron como empleadores a EPS (Saludcoop) a favor de Vaca Cruz, de octubre de 2009 a febrero de 2010 (fl. 646, c3).

Este solo aspecto desvirtúa la subordinación. Trabajaba el médico al mismo tiempo con varios empleadores en ejercicio de su autonomía para programarse.

h. En los contratos con las Cooperativas de Trabajo Asociado, la ESE incluía en cada uno de ellos un rubro para el pago de prestaciones sociales; y en el caso de Vaca Cruz, Servisocial le pagó las prestaciones sociales (fl. 591-607, c.3). Por ello se le propuso a la mayoría, que en la sentencia no se condenara al pago de los conceptos que ya se le giraron por la CTA, o en subsidio, que se le descontara lo pagado, ya que de no decidirlo así, se permitiría un doble pago y un enriquecimiento sin causa en contra de la entidad estatal.

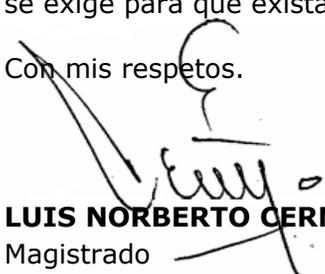
i. Al confrontar las funciones del médico de planta con las del médico contratado, se establece que no eran iguales. Las del servidor Público eran mayores que las del contratista, por lo que en este aspecto tampoco era procedente igualarlos y asumir que por algunas similares había subordinación.

j. Al consultar la página web del Consejo de Estado, procesos por nombre, se establece que los dos testigos (Sánchez y Contreras) también demandaron a la ESE por exactamente lo mismo -La misma ESE, las mismas tres CTA, igual fecha de retiro-; y en los tres procesos, los tres médicos fueron testigos mutuos y recíprocos. El Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones frente a aquellos dos y el Consejo de Estado confirmó las decisiones. Contrás estas, se radicaron tutelas y una negó el amparo y otra la declaró improcedente, en primera instancia.

k. Me permito reiterar que los criterios de la Corte Constitucional (Si eran actividades inherentes al objeto de la demandada, existencia de cargos similares en planta, duración de algún tiempo contratado) ya no se siguen a plenitud en nuestra jurisdicción. El Consejo de Estado se ha encargado de estructurar los elementos para declarar la existencia del contrato realidad. Incluso nuestra Alta Corte de manera frecuente precisa que el cumplir horarios, prestar el servicio en las instalaciones de la demandada y con equipos de este, tener un supervisor, existir en la planta cargo con función similar, permanecer como contratista, no constituye en forma necesaria el elemento subordinación de la relación laboral, como tampoco lo hace el que su labor sea "inherente" a la entidad, pues yo agregó que toda contratación que haga alguna autoridad estatal siempre tendrá que versar su objeto social -No puede ser de otra manera, pues se caería en prevaricato, peculado, entre otros delitos, además de varias faltas disciplinarias de grado gravísimas-. Para poner un ejemplo exagerado, una ESE no podría contratar los servicios de un astronauta de la Nasa para que revise el estado del cielo en las noches en las que vaya a operar la sala de cirugía. Así, toda la contratación que se hace es inherente a la entidad, y ello no la hace toda sujeto de contrato realidad.

l. Aquí no se demostró que la entidad ejerció el poder disciplinario que también se exige para que exista subordinación.

Con mis respetos.

  
**LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Magistrado