Popayán, diez (10) de junio de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00284-00
Demandante: EDUARDO FULI MAMBUSCAY
Demandado: HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E.
M. de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 075

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY, identificado con cédula de ciudadanía nro. 76.316.530, por intermedio de apoderado judicial instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. – en adelante HSLV –, tendiente a obtener la nulidad del oficio nro. 1235 del 4 de mayo de 2016, expedido por dicha entidad.

A título de restablecimiento del derecho solicita el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales causados por el demandante en vigencia de la relación laboral.

Como supuestos fácticos, se plantea en la demanda, que el señor Eduardo Fuli Mambuscay laboró al servicio de la E.S.E. HSLV desde el 4 de enero de 2010 hasta el 14 de octubre de 2015, desempeñando funciones como auxiliar de farmacia a través de distintos convenios sindicales, como figuras de tercerización.

Refiere que si bien, se vinculó a la entidad a través de contratos de prestación de servicios, debía cumplir el horario impuesto por el hospital a través del sistema de turnos, desarrollando funciones propias de la misión de la ESE en una relación laboral subordinada, recibiendo una remuneración en contraprestación a los servicios prestados de manera permanente.

De acuerdo con ello, señaló que se configuraron los elementos propios de una relación laboral, esto es, la subordinación, cumplimiento de horario y percibir una remuneración, pero debido a la forma de vinculación no se le cancelaron las prestaciones a las cuales tenía derecho.

Asimismo, adujo que se lesionó el 18 de octubre de 2014, tras participar en un evento deportivo de baloncesto organizado por el HSLV, razón por la cual fue incapacitado hasta el 14 de octubre de 2015, fecha en la que se le informó sobre la terminación del contrato entre SUSALUD y la ESE, y, en consecuencia, la terminación de su vinculación en el servicio farmacéutico, que según se afirma, hace parte del proceso de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica, que a su vez hace parte de la dirección científica del HSLV.

Se citan como normas vulneradas el decreto 583 de 2016 reglamentario del sector trabajo, artículo 74 de la ley 1753 de 2015 PND 2014-2018; y las pautas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Como concepto de la violación de las normas, señala que la forma de vinculación del demandante desdibujó los elementos esenciales de la relación laboral, en especial el principio de primacía de realidad sobre las formalidades, porque en la relación laboral existió subordinación, prestación personal del servicio y una remuneración, configurándose el contrato de trabajo.

En los alegatos de conclusión, la apoderada de la parte accionante se sostuvo en las pretensiones de la demanda, afirmando que se configuró el contrato laboral, pues se acreditaron los elementos esenciales de tal contrato, insistiendo que la prestación del servicio se dio hasta el 15 de octubre de 2015. Señala que quedó probado con la prueba testimonial que el salario que percibía el actor dependía directamente de la disponibilidad presupuestal del HSLV y que desarrollaba sus funciones bajo las órdenes y subordinación de los jefes de área del hospital. Aunado a lo expuesto, afirmó que nunca se les informó a los afiliados de las organizaciones sindicales en qué consistía la figura del contrato sindical, que solamente se les indicaba que, para poder trabajar con el hospital, necesariamente debía firmarlo.

Concluyó que, con base en las pruebas que obran en el expediente, el señor Eduardo Fuli tuvo una verdadera relación laboral con la E.S.E. HSLV, pues se acreditaron los elementos de dicha relación, esto es, la remuneración, prestación personal del servicio y subordinación, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, por lo cual, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Empresa Social del Estado HSLV.

En tiempo oportuno la apoderada de la entidad contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, considerando que no le son atribuibles ni jurídica ni fácticamente, ya que, en su sentir no se estructuran los elementos que exige la ley, al no haber existido conexidad, continuidad, subordinación, ni haber influido en su desvinculación ni en el pago de los emolumentos propios de los contratos suscritos por el demandante, pese a que es del resorte del hospital realizar la coordinación de las actividades contratadas, con el fin de evitar traumatismos y paralizaciones en la prestación del servicio de salud.

Destacó que el señor Eduardo Fuli se vinculó de manera voluntaria a los sindicatos, y que, por tratarse de acuerdos entre particulares, en los que no medio la voluntad del HSLV, no es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

Propuso las excepciones de “falta de jurisdicción”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia del contrato realidad e inexistencia de las obligaciones demandadas frente al HSLV”, “buena fe”, “inexistencia de solidaridad”, “cobro de lo no debido”, “compensación”, “Prescripción”, “inexistencia de contrato estatal que dé lugar a un contrato realidad entre el HSLV y el demandante”, y la de “cláusula de indemnidad”.

En la etapa de alegatos, reiteró los argumentos de defensa planteados al contestar la demanda. Asimismo, sostuvo que no se configuran los requisitos indispensables para que se derive la ilegalidad del oficio nro. 1235 de 4 de mayo de 2016 expedido por el HSLV en tanto se expidió por el funcionario competente, de forma regular debidamente motivado y no existió abuso ni desviación de funciones, por lo que considera, goza de presunción de legalidad.

1.3.- Intervención de los llamados en garantía.

Es preciso recordar que mediante auto interlocutorio núm. 638 de 23 de julio de 2019, se dispuso tener por no contestados los llamamientos en garantía presentados por el Sindicato de Trabajadores y Servidores de la Salud del departamento del Cauca STSC y por la Unión de Trabajadores Sindicalizados de la Salud – UNISALUT, por ausencia de acreditación de representación legal y derecho de postulación, y, en consecuencia, se dejó sin efectos la admisión del llamamiento en garantía. Seguros del Estado quedó desvinculada del proceso desde la audiencia inicial, fecha en que cobró ejecutoria la mentada providencia, contra la que, además, no se interpuso ningún recurso.

En cuanto al sindicato SUSALUD, se tiene que no contestó el llamamiento en garantía, y hasta la fecha no ha comparecido al proceso.

Pese a lo anterior, la documentación que hubiere sido allegada por los referidos sindicatos hace parte del expediente administrativo del accionante, y, por virtud de ello, serán

analizados como tal, pues a la luz del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 su aporte es una obligación en cabeza de las entidades demandadas y éstas tienen el deber de requerir a quien corresponda para lograr ese objeto.

1.4.- Intervención del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este Despacho no rindió concepto es este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por el lugar donde se prestó el servicio y la cuantía de las pretensiones, este Juzgado es competente para conocer del asunto en primera instancia, conforme a lo previsto por los artículos 138, 155 numeral 2 y 156 numeral 3 del C.P.A.C.A.

En el presente caso, el término de cuatro meses que prescribe el artículo 164, numeral 1, literal d) de la Ley 1437 de 2011, se precisa desde el 4 de mayo de 2016, considerando que el oficio nro. 1235 de 4 de mayo de 2016 fue recibido el mismo día de su expedición, al no contarse con constancia al respecto. La solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 28 de junio de 2016, proceso que se declaró fallido el 11 de agosto de ese mismo año, por lo que se suspendió el término de caducidad por 1 mes y 13 días, restando 13 días para el vencimiento del término. Siendo que la demanda se presentó el 23 de agosto de 2016, se tiene que no ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, debe resaltarse, que, respecto de los aportes a la seguridad social en pensiones, el Consejo de Estado[1] indicó que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptible y periódico, están exceptuados no solo del término de prescripción extintiva, sino de la caducidad del medio de control, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, dado que la administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de pensiones, cuando ello, puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas, de acuerdo con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde determinar si hay lugar a declarar la nulidad del oficio nro. 1235 de 4 de mayo de 2016, y, en consecuencia, si es procedente declarar la existencia de una relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, entre el señor Eduardo Fuli Mambuscay y el Hospital Susana López de Valencia E.S.E., el SINDICATO DE TRABAJADORES Y SERVIDORES DE LA SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, UNISALUT y SUSALUD, así como el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar durante la prestación del servicio al ente hospitalario.

Para ello, se establecerá si los contratos celebrados entre los sindicatos y el señor Eduardo Fuli Mambuscay esconden una verdadera relación laboral entre éste y la Empresa Social del Estado Hospital Susana López de Valencia.

2.3.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando para unos periodos la existencia del contrato laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, porque se demostró la concurrencia de los tres elementos propios de la relación laboral entre el señor Eduardo Fuli Mambuscay y el Hospital Susana López de Valencia.

[1] Consejo de Estado, sentencia de 25 de agosto de 2016. C.P. Carmelo Perdomo Cueter, Radicación interna: 0088-2015

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico- a). Contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, b). El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, c). Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado, d). La prohibición de la intermediación laboral, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

- Contratos suscritos entre el Hospital Susana López de Valencia y el Sindicato de Trabajadores y Servidores de la Salud del departamento del Cauca – STSC-.

  - Fue suscrito el contrato de prestación de servicios con persona jurídica, nro. 316 de 14 de septiembre de 2009, entre STSC y el HSLV, cuyo objeto es la prestación de servicios de auxiliares área de la salud (atención al usuario, cirugía, consulta externa, hospitalización y urgencias), auxiliar de laboratorio clínico, técnico de rayos X, con un plazo de 2 meses y medio.

  - Contrato colectivo sindical nro. 004 de 1. º de enero de 2010, que tiene por objeto la prestación del servicio de salud profesional y técnico de rayos X, auxiliares del área de salud, auxiliar de laboratorio clínico, central de esterilización, dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial, con un plazo de 6 meses, y 4 prórrogas que extienden el mismo hasta el 10 de octubre de 2010.

  - Contrato sindical nro. 006 suscrito entre el HSLV y el Sindicato, con el objeto de prestar los servicios de apoyo administrativo dentro de los macroprocesos de atención al cliente asistencial y procesos de apoyo del HSLV, con un plazo de 6 meses, entre el 1. º de enero y el 30 de junio de 2010 (índice 01, pág. 5 a 30 expediente electrónico).

    Este contrato fue adicionado y prorrogado en 4 ocasiones, por un término total de 4 meses (hasta el 31 de octubre de 2010).

  - Contrato sindical nro. 204 suscrito entre el HSLV y el Sindicato, con el objeto de prestar los servicios de salud profesional y técnico de auxiliares de enfermería, técnico de rayos X, auxiliares de laboratorio clínico, operarios de central de materiales y regente de farmacia dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial. Específicamente, dispone una prestación de servicio para regencia de farmacia, de 192 horas al mes, para un total de 384. El plazo de este contrato es de dos meses, entre el 11 de octubre y el 11 de diciembre de 2010 (índice 01, pág. 31 a 62 expediente electrónico).

    Este contrato fue prorrogado en 1 ocasión, para un término total de 3 meses (hasta el 11 de enero de 2011).

  - Contrato sindical nro. 018 de 5 de enero de 2011, con el objeto de prestar los servicios de técnico de rayos X, auxiliares de la salud, auxiliar de laboratorio clínico, operarios de central de esterilización, regente de farmacia, auxiliares de farmacia, dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial del hospital y los servicios de auxiliares administrativos, conducción de ambulancia dentro del macroproceso de apoyo del hospital. Los auxiliares de farmacia, debían prestar el servicio 1.536 horas, para un total de 9.216 horas. El plazo del contrato es de 6 meses, entre el 5 de enero y el 5 de julio de 2011 (índice 01, pág. 63 a 103 expediente electrónico).

    Este contrato tiene dos adicionales en valor, cuyo término se extiende hasta agotarse el presupuesto.

  - Obra contrato nro. 172, suscrito entre el HSLV y el STSC con el objeto de prestar los servicios de técnico de rayos X, regencia de farmacia, auxiliares área de la

salud, laboratorio clínico y farmacia, operarios de central de esterilización, dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial del hospital y los servicios de auxiliares administrativos, transporte asistencial dentro del macroproceso de apoyo del hospital. Los auxiliares de farmacia, debían prestar el servicio 192 horas al mes. El plazo del contrato es de 4 meses, entre el 16 de agosto y el 16 de diciembre de 2011 (índice 01, pág. 104 a 124 expediente electrónico).

El contrato nro. 172 fue prorrogado por 1 mes (vencimiento el 16 de enero de 2012).

- El HSLV suscribió el contrato nro. 23 de 26 de enero de 2012 con el STSC, con el objeto de prestar los servicios de salud profesional y técnico de auxiliares de enfermería, técnico de rayos X, auxiliares del área de salud, auxiliar de laboratorio clínico, operarios de central de esterilización, regente de farmacia, auxiliar de farmacia dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial del hospital y los servicios de auxiliares administrativos, transporte asistencial dentro del macroproceso de apoyo del hospital. Específicamente dispone una prestación de servicio para regencia de farmacia, de 3.072 horas al mes. El plazo de este contrato es de dos meses, entre el 26 de enero y el 26 de mayo de 2012 (índice 01, pág. 125 a 156 expediente electrónico).

- Obra el contrato nro. 176 de 6 de agosto de 2012, cuyo objeto es la prestación de servicios de salud de auxiliares de enfermería, de laboratorio, técnico de rayos X, auxiliares área de salud, operarios de central de esterilización, regente de farmacia, auxiliar de farmacia, auxiliar administrativo y transporte asistencial dentro de los macroprocesos de atención al cliente asistencial y de apoyo del hospital. El auxiliar de farmacia, tiene el objetivo de prestar 2.880 horas al mes. El plazo del contrato es de 4 meses, entre el 6 de agosto y el 5 de diciembre de 2012, con tres adicionales, la primera de un mes, la segunda y tercera de 15 días cada una, para un plazo total de 6 meses, que se extienden hasta el 31 de enero de 2013 (índice 01, pág. 157 a 188 expediente electrónico).

- Todos los contratos colectivos sindicales relacionados anteriormente, prevén en su clausulado “forma de pago”, que, cancelarán al HSLV los valores acordados, previo cumplimiento de descuentos de ley y pago a seguridad social.

- El Sindicato de Trabajadores y Servidores de la Salud del Cauca – STSC, certificó el 4 de diciembre de 2015 que, el señor Eduardo Fuli Mambuscay prestó sus servicios como auxiliar de farmacia, desde el 4 de enero de 2010 hasta el 31 de enero de 2013, dentro del macroproceso contratado y suscrito entre el Sindicato y el HSLV. (Índice 01, pág. 209 expediente electrónico).

- <u>Contratos colectivos sindicales suscritos entre el Sindicato Unido Personal de la Salud “SUSALUD” y el HSLV.</u>

  - Fue suscrito el contrato colectivo sindical nro. 165 de 1. º de agosto de 2014, con el objeto de prestar el servicio de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica en el subproceso de servicio farmacéutico dentro del proceso de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica del HSLV, por un término de 3 meses, entre el 1. º de agosto y el 31 de octubre de 2014, el cual fue prorrogado hasta el 7 de noviembre de 2014, a través del acta adicional nro. 1 de 30 de octubre de 2014 (índice 02, pág. 36 expediente electrónico).

  - Contrato nro. 244 de 1. º de diciembre de 2014, cuyo objeto es la prestación del servicio del subproceso farmacéutico que hace parte del proceso de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial del HSLV, con un plazo inicial hasta el 31 de diciembre de 2014. Este contrato fue prorrogado mediante adicional nro. 2, hasta el 8 de enero de 2015 (índice 02, pág. 61 expediente electrónico).

  - Mediante contrato nro. 025 de 9 de enero de 2015, el HSLV contrató los servicios de SUSALUD, de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica en el

subproceso de servicio farmacéutico dentro del proceso de apoyo diagnóstico y complementación terapéutica, por un plazo de 2 meses, entre el 9 de enero y el 8 de marzo de 2015, siendo prorrogado hasta el 6 de abril de 2015 mediante acta adicional nro. 1 de 27 de febrero de 2015. (Índice 02, pág. 77 expediente electrónico).

- Contratos colectivos sindicales suscritos entre la Unión de Trabajadores Sindicalizados de la Salud "UNITSALUD" y el HSLV.

  - Contrato nro. 034 de 1. º de febrero de 2013, en el cual UNISALUT se compromete con el HSLV a prestar sus servicios del subproceso del servicio farmacéutico, por un término de 9 meses, entre el 1. º de febrero y el 31 de octubre de 2013, prorrogado mediante actas adicionales 5 y 6 hasta el 12 de enero de 2014 (índice 03 cuaderno llamamiento en garantía, pág. 11).

  - Contrato nro. 26 de 13 de enero de 2014, con el objeto de prestar los servicios profesionales de terapia respiratoria, fisioterapia, químicos farmaceutas, regentes de farmacia, auxiliares de farmacia, auxiliares de laboratorio y técnicos de rayos X, dentro del macroproceso de atención al cliente asistencial del HSLV, por un plazo de 3 meses entre el 13 de enero y el 12 de abril de 2014, el cual fue prorrogado mediante acta adicional nro. 2, hasta el 20 de abril de 2014 (índice 03 cuaderno llamamiento en garantía, pág. 38).

- Convenios suscritos entre la Unión de Trabajadores Sindicalizados de la Salud "UNISALUT" y el señor Eduardo Fuli Mambuscay como auxiliar de farmacia, en el marco de los contratos colectivos sindicales firmados entre UNISALUT y el HSLV.

  - El señor Eduardo Fuli Mambuscay, en el marco del contrato sindical nro. 34 de 1. º de febrero de 2013, suscribió los siguientes convenios colectivos sindicales:

Convenio Colectivo	Desde	Hasta
112	01.Feb.2012	30.Abr.2012
288	01.May.2013	30.Jun.2013
475	01.Jul.2013	30.Sep.2013
705	01.Oct.2013	15.Oct.2013
774	16.Oct.2013	31.Oct.2013
955	16.Nov.2013	30.Nov.2013
976	01.Dic.2013	31.Dic.2013
006	01.Ene.2014	12.Ene.2014

  - Y, en el marco del contrato sindical nro. 26 de 13 de enero de 2014, suscribió los siguientes convenios colectivos sindicales:

Convenio Colectivo	Desde	Hasta
129	13.Ene.2014	12.Feb.2014
308	13.Feb.2014	12.Mar.2014

De acuerdo con las cláusulas quinta y sexta de cada contrato, UNISALUT y el afiliado convienen una compensación ordinaria mensual, pagadera en periodos vencidos una vez se haya cumplido con las entregas y certificaciones por parte de los supervisores, sumas que el Sindicato le canceló al actor mensualmente de acuerdo a los porcentajes de ley, las compensaciones por concepto de descanso anual, compensaciones semestrales, compensación anual y los rendimientos por la compensación anual.

Asimismo, según la cláusula novena de los convenios mencionados, se impone al demandante reconocer como funcionario jerárquico que coordina, dirime y reglamenta sus relaciones y actividades laborales, al representante legal de UNISALUT.

- El 13 de noviembre de 2015, el presidente y representante legal de UNISALUT, certificó que el demandante prestó sus servicios como auxiliar de farmacia dentro del contrato sindicalizado firmado con la ESE HSLV, desde el 1. º de febrero de 2013 hasta el 20 de abril de 2014.

- <u>Convenios suscritos entre el Sindicato Unido Personal de la Salud "SUSALUD" y el señor Eduardo Fuli Mambuscay como auxiliar de farmacia, en el marco de los contratos colectivos sindicales firmados entre SUSALUD y el HSLV.</u>

  - La presidente del Sindicato SUSALUD, certificó el 31 de diciembre de 2015, que el actor se encontró en calidad de asociado desarrollando actividades como auxiliar de farmacia en el HSLV, desde el 21 de abril hasta el 31 de octubre de 2014.

  - El 14 de octubre de 2015, la representante legal de SUSALUD, mediante oficio sin número le informó al señor Eduardo Fuli que el contrato suscrito entre ese sindicato y el HSLV se terminó el 30 de julio de 2015, y que en consecuencia no podría ser reintegrado al proceso que venía desarrollando como auxiliar de farmacia- Le aclara que para seguir vinculado a SUSALUD, debe continuar pagando de manera independiente su seguridad social.

  - Obran desprendibles de pago de SUSALUD a Eduardo Fuli como afiliado, de los meses de agosto (por 193 horas), septiembre (por 190 horas) y octubre (por 18 horas) de 2014.

- <u>Reclamación Administrativa.</u>

  - A través de memorial radicado el 5 de abril de 2016 ante la gerencia del HSLV, el demandante por conducto de su apoderada, solicitó el reconocimiento y pago de todos los salarios, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones remuneradas o su compensación en dinero, dotación de trabajo, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria por no pago de auxilio de cesantías y demás derechos sociales, por haberse configurado un contrato laboral.

  - Mediante oficio nro. 1235 de 4 de mayo de 2016, el HSLV negó el reconocimiento solicitado por el actor, argumentando que este nunca sostuvo una vinculación laboral con el hospital, aclarando que la institución médica contrata a la organización sindical y no a una persona en particular (índice 01, pág. 221 del expediente electrónico).

- <u>Otras pruebas documentales.</u>

  - El HSLV certificó el 23 de enero de 2017, que el señor Eduardo Fuli Mambuscay, no hace parte de la planta de cargos de esa entidad.

  - Obra póliza de seguro de cumplimiento nro. 40-44-101026437 de Seguros del Estado para el contrato colectivo sindical nro. 034 de 2013 suscrito entre el HSLV y Unisalut, en la que figura como tomador Unisalut y como beneficiario el HSLV, con una vigencia entre el 1. º de febrero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016 y una cobertura de $92'513.146,60 para amparar el cumplimiento del contrato, y una suma igual para amparar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

  - Obra póliza de seguro de cumplimiento nro. 40-44-101031194 de Seguros del Estado para el contrato colectivo sindical nro. 026 de 2014 suscrito entre el HSLV y Unisalut, en la que figura como tomador Unisalut y como beneficiario el HSLV, con una vigencia entre el 13 de enero de 2014 hasta el 20 de abril de 2017 y una cobertura de $95'093.040,60 para amparar el cumplimiento del contrato, y una suma igual para amparar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

- En audiencia de pruebas celebrada el 16 de marzo de 2021 se recibieron los testimonios de YESID GABRIEL GALLEGO y YANETH ALEXANDRA ARANGO.

Yesid Gabriel Gallego y Yaneth Alexandra Arango señalaron que conocen al señor Eduardo Fuli Mambuscay, porque fueron compañeros de trabajo, en diferentes épocas.

De forma unánime señalaron que el señor Eduardo Fuli Mambuscay laboró para el Hospital Susana López de Valencia, desempeñando funciones como auxiliar de farmacia. Asimismo, que los elementos de papelería para la prestación de los servicios, era entregada por la entidad en la cual se desempeñaba una vez se hacía el pedido al área de Almacén del hospital.

Manifestaron que el demandante cumplía horario por el sistema de turnos de 07:00 a. m. a 01:00 p. m., o de 01:00 p. m. a 08:00 p. m., o de 07:00 p. m. a 07:00 a. m., y que realizaba principalmente como actividades las de digitar, rotular medicamentos, limpieza y desinfección de estantería, inventariar y alistar los medicamentos ordenados por las diferentes áreas del hospital e irlos a dejar a las mismas.

Señalaron que inicialmente el actor laboró para el HSLV a través de sindicatos, y que siempre el trabajo de los auxiliares, incluido él, era supervisado por la regente de farmacia (para esa época eran las señoras Yudi Viviana y Flor) o la regente química, quienes también trabajaban para el hospital mediante contrato sindical.

Refirieron que los pedidos de los medicamentos los hacían los médicos y enfermeros a través de una plataforma llamada dinámica, la cual era manejada por el HSLV. También afirmaron que el servicio debe ser continuo, debido a la importancia que reviste el área farmacéutica para cualquier hospital, al respecto, la señora Yaneth Arango sostuvo que cuando una persona que trabajara en la farmacia necesitaba salir, debía pedir permiso.

Dijeron los testigos que el señor Eduardo Fuli recibía un pago mensual por el trabajo desarrollado, destacando que, si bien el cheque o la consignación la hacía el sindicato al que estuviera afiliado, el presupuesto provenía del HSLV, ya que, era esta entidad la que le giraba los recursos a los Sindicatos.

El señor Yesid Gabriel Gallego, agregó que en una ocasión escuchó cuando la abogada del sindicato recibió una llamada de la esposa del señor Eduardo Fuli, profesional que al colgar le comentó que iban a indemnizar al actor debido a la incapacidad, sin embargo, señaló que hasta la fecha no le han reconocido nada.

SEGUNDA: Marco jurídico.

a). - Del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en su numeral 3 consagra la modalidad de prestación de servicios, así:

> *"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*
> *…*
> *3o. Contrato de Prestación de Servicios.*
>
> *<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".*

De la norma trascrita, se extrae, que, el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula de manera excepcional a una persona natural con el fin de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que de ninguna manera admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez, que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

El contrato de trabajo tiene elementos que difieren del de prestación de servicios, pues para que aquel se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Mientras que, 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, que se materializa en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

El Consejo de Estado al estudiar los elementos que configuran el contrato laboral ha sostenido que es la subordinación la que determina la diferencia entre una y otra modalidad. Así, en sentencia del 1. ° de marzo de 2018, radicado interno 3730-2014, sostuvo:

> *"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.*
>
> *Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo".* (Hemos destacado).

Y sobre la indemnización del contrato laboral, 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, señaló lo siguiente:

> *"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, (…)".*

b). - Del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

El artículo 53 Superior consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. La Corte Constitucional ha entendido este postulado de la siguiente manera:

> *"(…) no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad"[2]. De ello se deriva la existencia de lo que*

[2] Sentencia T-616 de 2012.

ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"[3].

Sobre el particular, la citada Corporación, ya había señalado que:

"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"[4].

En similar sentido, el Consejo de Estado indicó que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas busca proteger a los trabajadores desde la egida de la desigualdad existente en la relación de estos con los empleadores, sin que puedan verse afectados en sus condiciones por las simples formalidades[5]:

"Señala la Sala que este tipo de procesos en los cuales se pretende la aplicación del artículo 53 de la Carta Superior referente al principio de la primacía de la prevalencia de la realidad sobre las formas, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

Bajo ese entorno, el aludido principio busca proteger a la parte desvalida en la relación contractual estatal, civil o comercial, cuando la misma es utilizada para encubrir una relación de trabajo. El encubrimiento de la relación de trabajo no es otra cosa que la creación de una apariencia distinta de la que en verdad aquella tiene y puede versar sobre sus diversos elementos, pero en cualquier caso está destinada a anular o a atenuar la protección legal.

Lo anterior supone, por tanto, una acción que pretende ocultar o deformar la relación de trabajo, tras el ropaje de otra figura jurídica donde el trabajador tenga menor protección legal".

Se concluye entonces que, al margen del nombre que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

Así, el Consejo de Estado, al proferir la SU del 9 de septiembre de 2021, expediente con radicado interno nro. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), fijó reglas sobre la relación laboral encubierta o subyacente, la temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de Seguridad Social en salud. Precisando que son características del contrato estatal de prestación de servicios, las siguientes:

"… 87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

---

[3] Sentencia C-1109 de 2005. *Cfr.* Sentencia T-616 de 2012.

[4] Sentencia C-555 de 1994

[5] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación Número: 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13).

> *88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».*
>
> *89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».*
>
> *90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.*
>
> *91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia".*

Y en cuanto al sentido y alcance del "**término estrictamente indispensable"**, la sala lo unificó como "*aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento*".

Respecto al **término de interrupción de los contratos** estatales de prestación de servicios, precisó que, para que exista solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, debe transcurrir un término de treinta (30) días hábiles. No obstante, señaló que este término no es absoluto, sino un marco de referencia para la administración y el Juez, siendo este quien deba en cada caso concreto sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el término entre cada contrato sea más extenso.

En cuanto al fenómeno de la **prescripción**, mantuvo la posición fundamentada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, y del análisis jurídico efectuado al tema del contrato realidad que tiene implicaciones para el derecho pensional, sentó el CE algunas reglas, entre ellas, las siguientes:

(i) 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; y

(ii) El fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión.

Respecto a la **solución de continuidad**, sentó la siguiente posición: 1. Existirá solución de continuidad cuando hayan transcurrido más de 30 días hábiles entre los contratos, siempre que los objetos contractuales sean iguales o similares y apunten a la satisfacción de las mismas necesidades, y 2. Que, al no existir solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración, serán solamente para concluir que no se configura el fenómeno extintivo de prescripción de derechos derivados de cada vínculo contractual, veamos:

> *"152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.*

> *153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse".*

Sobre la **devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud** efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal, unificó su jurisprudencia, en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal, toda vez que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a los que establece el marco funcional de las instituciones de la Seguridad Social.

Valga señalar, que, para el análisis de la aplicación del principio de realidad sobre las formas, el Consejo de Estado ha precisado que es necesario en ciertos casos contar con los contratos celebrados entre las partes. Esto dijo en sentencia del 8 de septiembre de 2017[6]:

> *"(…) el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicio, resulta necesario para asuntos como el presente, a fin de determinar su objeto, temporalidad o plazo, pago y forma de pago pactadas por las partes, es decir, aspectos que son de vital importancia en la definición de conflictos jurídicos como el sub examine".*

Más reciente, ha señalado que es indispensable la presencia del contrato, so pena de que no sea viable hacer el análisis de los respectivos periodos laborados[7]:

> *"en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos de una posible relación laboral, lo que implica que no es viable realizar un análisis de los periodos sobre los cuales estos no obren".*

<u>c). - Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado.</u>

Sobre el particular, la Ley 10 de 1995 en su artículo 26, dispuso que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado se conformaría de funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, asimismo, previó la vinculación de trabajadores oficiales para tareas de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en el artículo 194 define a las Empresas Sociales del Estado, como una categoría especial de entidad pública descentralizada:

> *"La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo".*

---

6 Consejo de Estado- sentencia del 8 de septiembre de 2017, Sección segunda, Subsección B, consejera ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00094-01(4569-15), actor: TIRSA BEATRIZ BARRANCO RICO, demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE– SENA.

7 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 28 de octubre de 2021, radicación número: 25000-23-42-000-2018-01238-01(0432-21), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Esta disposición del régimen general de seguridad social fue reglamentada por el Decreto 1876 de 1994, cuyo artículo 17 precisó que el régimen de personal se guiará por lo dispuesto en el artículo 674 del Decreto Ley 1298 de 1994 o Estatuto Orgánico de Seguridad Social en Salud, que establece:

> *"CLASIFICACION DE EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:*
>
> *1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1o. de la Ley 61 de 1987.*
>
> *2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
>
> *a) Los de Secretario de Salud o Director seccional o local del Sistema de Salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente.*
>
> *b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes.*
>
> *c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.*
>
> *Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.*
>
> *Parágrafo. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*
>
> *Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo".*

La Ley 1438 de 2011, en su artículo 59, habilitó a las Empresas Sociales del Estado para desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas u operadores externos, previa verificación de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía de calidad. Al respecto, en la sentencia C-171 de 2012 la Corte declaró condicionalmente exequible dicha norma, *"en el entendido de que la potestad de contratación otorgada…, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados".*

Para llegar a ello, 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.

Precisó que: i) la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada; (ii) tiene sustento constitucional la concurrencia privada en la prestación de servicios de salud, no obstante, dicha concurrencia se encuentra igualmente limitada; y (iii) existe la prohibición constitucional y legal de contratar funciones permanentes de las entidades del Estado, normas con las cuales debe interpretarse sistemáticamente el precepto demandado.

En suma, de acuerdo con dicho pronunciamiento, la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado únicamente 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 E.S.E. deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

d). - La prohibición de la intermediación laboral.

El artículo 195 de la Ley 100 de 1993, señala que es competencia de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado la adopción o modificación de la Planta de Personal de la entidad, para lo cual el Gobierno Nacional debe dar la orientación correspondiente.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades a los cuales se les aplica la mencionada ley podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, con el fin de suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales.

Ulteriormente, la Ley 1429 de 2010, mediante la cual se busca la formalización y la generación de empleo, así como la materialización de los derechos laborales a quienes presten sus servicios, en su artículo 63 señaló la prohibición de contratar personal para actividades misionales permanentes mediante vínculos que afecten los derechos consagrados en las normas laborales vigentes. Estipula que la intermediación laboral solamente estará permitida ejercerla a las Empresas de Servicios Temporales:

> *"Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes".*

Efectivamente, el Decreto 2025 de 2011 reglamentó parcialmente la Ley 1429 de 2010 y señaló lo que se entendería como *"intermediación laboral"* a efectos del precitado artículo 63, señalando directamente que dicha actividad únicamente está permitida a las Empresas de Servicios Temporales:

> *"artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.*
>
> *Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.*
>
> *Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.*
>
> *De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.*
>
> *Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle".*

Adicionalmente, los Ministerios de Salud y Trabajo en la Circular Conjunta nro. 042578 del 22 de marzo de 2012, dirigida a Gobernadores, Alcaldes y Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, instó para que se adopten las medidas pertinentes con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a la población y dejó a libre criterio de los

funcionarios públicos el cumplimiento de los precedentes legales y constitucionales, al manifestar que se puede seguir contratando mediante Empresas Temporales o Contratos Sindicales, sin ningún tipo de restricción, en el entendido que el 80 % de las actividades permanentes de las ESE se encuentran vinculadas mediante contratos de prestación de servicios y que los contratos con Empresas Temporales o los contratos sindicales son formas de contratación de prestación de servicios proscritas por la Corte Constitucional para el desarrollo de actividades permanentes.

Dicha circular, señaló:

> *"(...) en consecuencia, las entidades, del sector salud, dependiendo del carácter público o privado, podrán utilizar las siguientes formas de vinculación:*
>
> *a) Creación de plantas temporales, si se dan las condiciones establecidas en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1227 de 2005.*
> *b) Vinculación de personal supernumerario, en los casos contemplados en el Decreto Ley 1042 de 1978*
> *c) Contratación de las Empresas Sociales del Estado con terceros para desarrollar las funciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 y en los términos de la sentencia C-171 de 2012.*
> *d) Contratación con empresas de servicios temporales.*
> *e) Contratos sindicales.*
> *f) Contratos de Asociación Publico Privada, cuyo objeto sea el mejoramiento o equipamiento de la infraestructura o parte de ella con los servicios conexos, mantenimiento y operación, de acuerdo a la Ley 1508 de 2012.*
> *g) Contratos de Prestación de Servicios en observancia de los dispuesto en la Sentencia C-614 de 2009".*

Respecto de la vinculación del trabajador a una Cooperativa de Trabajo Asociado, el Consejo de Estado, ha dicho[8]:

> *"(…) no es admisible constitucionalmente que las cooperativas de trabajo asociado, basándose en sus estatutos, dejen desprotegidos los derechos de los trabajadores.*
>
> *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… 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 (sic) 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*

8 Como consecuencia de los efectos negativos de la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado con el fin de ejecutar prácticas de intermediación laboral, El Presidente de la República expidió el Decreto 4588 de 2006, Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, y en el ARTÍCULO 17º dispuso:

"PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado".

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 (sic) 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".

Se desprende de lo anterior, que, en caso de intermediación laboral resultado de la prestación de servicios a favor de terceros, sean estos particulares o entidades públicas, acreditados los elementos propios del contrato de trabajo, habrá lugar a dar aplicación al principio de la realidad sobre las formas. Tal como lo menciona la jurisprudencia contencioso-administrativa, la contratante y el tercero que se benefició del servicio prestado encubriendo una relación de trabajo, serán solidariamente responsables en el pago de las prestaciones causadas.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Se solicita en la demanda el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales causadas entre el 4 de enero de 2010 y el 14 de octubre de 2015, en virtud de la relación laboral sostenida entre el señor Eduardo Fuli Mambuscay y la E.S.E. Hospital Susana López de Valencia.

De la otra orilla, la defensa de la E.S.E. HSLV considera que la vinculación del señor FULI MAMBUSCAY no fue de naturaleza laboral, puntualizando que los servicios requeridos por la entidad, fueron prestados por los sindicatos a los que legalmente estuvo afiliado el demandante en calidad de auxiliar de farmacia, y que en ese sentido fueron las asociaciones colectivas - y no el HSLV - las que pagaron las compensaciones pactadas entre estas y sus asociados.

En este escenario pasamos a resolver el presente asunto de cara al marco jurídico traído en esta sentencia y a las pruebas recaudadas, no sin antes manifestar que, aunque la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que resulta indispensable la presencia de los contratos suscritos entre las partes, en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos configurativos de una relación laboral, lo cierto es que, al no existir tarifa legal para acreditar la configuración de una relación de trabajo, habrá de efectuarse el análisis en conjunto sobre todo el acervo probatorio.

Si bien los contratos estatales deben contar con la formalidad del escrito, so pena de que el negocio sea inexistente[9], debemos aclarar que lo pretendido en este caso no es la declaratoria de existencia de una relación contractual, sino la declaratoria de existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, por tanto, la parte interesada bien puede acreditar el vínculo de trabajo mediante otros medios de prueba, tales como las certificaciones expedidas por el ente demandado que no hubieren sido objeto de tacha o los testimonios recaudados en el plenario.

9 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 14 de octubre de 2021., radicación número: 27001-23-33-000-2015-00052-01(3512-17), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

Lo anterior, dado que, en los términos del artículo 211 CPACA en concordancia con el artículo 176 del CGP, el sistema procesal de valoración que rige en nuestra legislación es la sana crítica o libre valoración de la prueba, y, excepcionalmente, el sistema de tarifa legal, que no está previsto para regir la demostración de una relación laboral. Tampoco puede perderse de vista que los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, conforme al artículo 103 CPACA, de manera que serán analizadas todas las pruebas recaudadas en este trámite.

Ahora, conforme al marco legal descrito *ut supra*, está prohibido que el personal de las entidades del Estado sea vinculado para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de figuras de intermediación laboral, actividad que solo está permitida para las empresas de servicios temporales. Asimismo, la vinculación a través de contratos de prestación de servicios es aceptada en la administración pública, siempre que la misma cumpla los lineamientos del estatuto general de la contratación pública y no como una herramienta para encubrir una verdadera relación laboral.

También es claro que, en el evento de que las entidades públicas celebren contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado o sindicatos, que a la postre resulten encubridores de una relación laboral, aquellas y estos serán solidariamente responsables por el pago de las prestaciones económicas que se deriven de los derechos laborales del trabajador.

Bajo esa óptica, es importante destacar la naturaleza jurídica del Hospital Susana López de Valencia E.S.E., entidad que de acuerdo con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; fue creada mediante Ordenanza nro. 01 de 3 de enero de 1995 expedida por la Asamblea Departamental del Cauca como un establecimiento público descentralizado para la prestación de servicios de salud en el segundo nivel de atención en el departamento del Cauca.

En ese sentido, la actividad misional permanente del Hospital Susana López de Valencia E.S.E. se relaciona con la prestación de servicios de salud en el segundo nivel de atención, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social (artículo 195 Ley 100 de 1993), pauta que habrá de tenerse en cuenta en el análisis de las labores desempeñadas por el señor Eduardo Fuli Mambuscay en el ente hospitalario.

Así, es necesario destacar que el decreto 2200 de 2005 reglamentó el servicio farmacéutico, compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, definiéndolo como el servicio de atención en salud responsable de las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter técnico, científico y administrativo, relacionados con los medicamentos y los dispositivos médicos utilizados en la promoción de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con el fin de contribuir en forma armónica e integral al mejoramiento de la calidad de vida individual y colectiva. Dicho servicio puede ser prestado de manera dependiente o independiente.

Definiendo como servicio farmacéutico dependiente aquel servicio asistencial a cargo de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, que debe cumplir con los estándares del Sistema Único de Habilitación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud.

Señaló dicha normatividad, que una Institución Prestadora de Servicios de Salud, distribuye intrahospitalariamente los medicamentos y dispositivos médicos a sus pacientes hospitalizados, proceso que comprende la prescripción de un medicamento a un paciente por parte del profesional legalmente autorizado, la dispensación por parte del servicio farmacéutico, la administración correcta en la dosis y vía prescrita y en el momento oportuno por el profesional de la salud legalmente autorizado para tal fin, el registro de los medicamentos administrados y/o la devolución debidamente sustentada de los no administrados, con el fin de contribuir al éxito de la farmacoterapia.

Y como exigencia legal para el desarrollo del servicio farmacéutico, la institución prestadora de salud requiere disponer de un recurso humano idóneo para el cumplimiento de las

actividades y/o procesos que realice; esto es, debe contar con personal de las calidades señaladas en la normatividad vigente para el ejercicio de cada cargo y en número que garantice el cumplimiento de los procesos propios de dicho servicio que se adelanten en la IPS.

Es importante recordar que ninguno de los documentos aportados al proceso fue objeto de tacha por los sujetos procesales, en esa medida serán apreciados por el despacho en tres bloques diferentes: (I) La afiliación del actor al SINDICATO DE TRABAJADORES Y SERVIDORES DE LA SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA -STSC- y la prestación de servicios al HSLV como afiliado partícipe, (II) La afiliación del actor al Sindicato UNISALUT y la prestación de servicios al HSLV en condición de afiliado partícipe, y; (III) La afiliación del actor al Sindicato SUSALUD y la prestación de servicios al HSLV en condición de afiliado partícipe.

(I) La afiliación del señor Eduardo Fuli Mambuscay al SINDICATO DE TRABAJADORES Y SERVIDORES DE LA SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA – STSC y la prestación de servicios al HSLV en condición de afiliado partícipe:

- Entre STSC y el HSLV E.S.E. se celebraron los siguientes contratos, cuyo objeto incluía el proceso de auxiliar de farmacia: 004 del 1. ° de enero de 2010, 204 del 11 de octubre de 2010, 018 de 5 de enero de 2011, 172 del 16 de agosto de 2011, 023 del 26 de enero de 2012 y 176 del 6 de agosto de 2012, algunos de estos con adicionales (índice 03 del expediente electrónico, cuaderno llamamiento en garantía).

- De acuerdo con certificación que obra en el índice 02 expediente electrónico pág. 209 demanda, el actor perteneció como afiliado partícipe al subproceso de servicio farmacéutico prestado a través de los contratos colectivos sindicales suscritos entre el sindicato y el HSLV desde el 4 de enero de 2010 hasta el 31 de enero de 2013, no obstante, no se aportan al plenario los convenios entre el actor y el STSC.

- No obra constancia de la fecha de afiliación del actor a esta organización sindical, ni los convenios sindicales celebrados por este y el sindicato.

(II) Está probada la afiliación del señor Eduardo Fuli Mambuscay a la UNIÓN DE TRABAJADORES SINDICALIZADOS DE LA SALUD - UNISALUT y la prestación de servicios al HSLV, en virtud de esa afiliación, así:

- De acuerdo con la documentación que obra en el cuaderno de llamamiento en garantía, este Sindicato tiene como fecha de constitución el 12 de octubre de 2011.

- UNISALUT y el HSLV E.S.E. celebraron los siguientes contratos sindicales de prestación de servicios, en los cuales se incluyó el proceso de farmacia: 034 de 1. ° de febrero de 2013 y 026 de 13 de enero de 2014 (índice 03 del expediente electrónico, cuaderno llamamiento en garantía).

- Entre el señor EDUARDO FULI y UNISALUT, se suscribieron los siguientes convenios (índice 01 pág. 189 a 208 expediente electrónico).

Convenio Colectivo	Desde	Hasta
112	01.Feb.2013	30.Abr.2013
288	01.May.2013	30.Jun.2013
475	01.Jul.2013	30.Sep.2013
705	01.Oct.2013	15.Oct.2013
774	16.Oct.2013	31.Oct.2013
955	16.Nov.2013	30.Nov.2013
976	01.Dic.2013	31.Dic.2013
006	01.Ene.2014	12.Ene.2014
129	13.Ene.2014	12.Feb.2014
308	13.Feb.2014	12.Mar.2014

- Según certificación expedida el 13 de noviembre de 2015 por el presidente y representante legal de UNISALUT, el actor prestó sus servicios como afiliado partícipe en el proceso de farmacia en la ESE HSLV desde el 1. ° de febrero de 2013 hasta el 20 de abril de 2014 (índice 01 pág. 210 expediente electrónico).

Sintetizando, el señor Eduardo Fuli, estuvo vinculado al Sindicato UNISALUT y como afiliado prestó servicios como auxiliar de farmacia **desde el 1. ° de febrero de 2013 a 31 de octubre de 2013 y desde el 16 de noviembre de 2013 a 20 de abril de 2014**, fecha esta que se toma porque es la data del último certificado, y si bien no obra contrato de esta última relación contractual, el certificado indica con claridad las fechas de inicio y fin, así como la entidad a la cual se le prestó el servicio y la función desempeñada.

(III) La afiliación del señor Eduardo Fuli Mambuscay al SINDICATO UNIDO PERSONAL DE LA SALUD – SUSALUD y la prestación de servicios al HSLV en virtud de afiliado partícipe:

- Con el llamamiento en garantía formulado por la E.S.E. HSLV se aportaron los contratos celebrados con el sindicato SUSALUD: 165 del 1. ° de agosto de 2014, 244 de 1. ° de diciembre de 2014 y 025 de 9 de enero de 2015 (índice 08 del expediente electrónico).

- La presidente del Sindicato SUSALUD, certificó el 31 de diciembre de 2015, que el actor en calidad de asociado desarrolló actividades como auxiliar de farmacia en el HSLV, desde el 21 de abril hasta el 31 de octubre de 2014 (índice 01, pág. 212 e índice 03, pág. 165 del expediente electrónico).

- El 14 de octubre de 2015, la representante legal de SUSALUD, mediante oficio sin número le informó al señor Eduardo Fuli que el contrato suscrito entre ese sindicato y el HSLV se terminó el 30 de julio de 2015, y que en consecuencia no podría ser reintegrado al proceso que venía desarrollando como auxiliar de farmacia, y le aclara que para seguir vinculado a SUSALUD, debe continuar pagando de manera independiente su seguridad social (índice 03, pág. 215 del expediente electrónico).

- Obran desprendibles de pago de SUSALUD a Eduardo Fuli como afiliado, de los meses de agosto (por 193 horas), septiembre (por 190 horas) y octubre (por18 horas) de 2014 (índice 01, pág. 229 a 231 del expediente electrónico).

En concreto, el señor Eduardo Fuli Mambuscay estuvo vinculado a SUSALUD y como afiliado partícipe laboró en el HSLV como auxiliar de farmacia, en el siguiente periodo: **Desde el 21 de abril hasta el 31 de octubre de 2014**. En cuanto al periodo posterior al 31 de octubre de 2014, aunque se probó que el sindicato tenía contrato con el HSLV, no media prueba que permita establecer si existió contrato o convenio entre SUSALUD y el actor.

En suma, el marco de estudio de esta sentencia estará delimitado a los siguientes periodos: desde el 1. º de febrero de 2013 hasta el 31 de octubre de 2013, 16 de noviembre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014.

En cuanto a los demás periodos reclamados, como quedó anotado en precedencia, aun cuando se aportaron pruebas que señalan la prestación de los servicios por parte del señor Eduardo Fuli a favor de la E.S.E. HSLV por intermedio del STSC y en los periodos posteriores al 31 de octubre de 2014 por intermedio del sindicato SUSALUD, no es posible establecer los periodos laborados, si hubo o no interrupción, por lo que no es posible inferir razonablemente el vínculo contractual, de manera que al respecto se denegarán las pretensiones de la demanda.

Ahora, como se señaló líneas arriba, el contrato de prestación de servicios es una modalidad excepcional de vinculación con el Estado y halla justificación constitucional en la medida que sea un instrumento para realizar funciones o actividades ocasionales, las cuales, como lo ha precisado la jurisprudencia, son aquellas que no hacen parte del giro ordinario de las labores propias de la entidad pública, o que, siendo parte de ellas, no

pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados. En todo caso, la vinculación del contratista en modo alguno puede revestir subordinación.

Así, quien pretenda la declaratoria de una relación laboral, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consistente en que los contratos de prestación de servicios se suscriben para "*desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad".* Y los cuales "*podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados".*

Entonces, es definitivo que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del servicio, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

En primer lugar, comoquiera que está acreditada la existencia de los contratos de prestación de servicios que serán revisados en esta sentencia, con ellos, las certificaciones y los testimonios de Yesid Gabriel Gallego y Yaneth Alexandra Arango, quienes declararon que el actor había prestado sus servicios en las instalaciones de la E.S.E HSLV y que por ellos recibía un pago mensual, queda probada la prestación personal del servicio del señor Eduardo Fuli Mambuscay y la remuneración, máxime cuando afirmaron que el servicio de farmacia es transversal a todas las áreas operativas del hospital, por ser la encargada de proveer los medicamentos y sin ello no podría funcionar ninguna institución médica.

Desprendiéndose de lo anterior, que, en el caso bajo análisis, aparecen acreditados: (i) la prestación personal del servicio por parte del señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY, quien efectivamente brindó los servicios de auxiliar de farmacia en la sede del HSLV y, (ii) una remuneración por el mismo, tal como se extrae de los contratos de prestación de servicios señalados y de los testimonios recaudados.

En segundo lugar, para determinar si existió subordinación durante los periodos contratados por prestación de servicios, encontramos que de los testimonios recaudados en el proceso es posible concluir que el actor realizaba funciones y recibía instrucciones no solo por parte de su superior inmediato que para el caso era quien fungía como regente de farmacia, sino también de los médicos y enfermeros (as) que a través de la plataforma adquirida y manejada por el HSLV en sus instalaciones requería la entrega de determinados medicamentos y equipos médicos.

Asimismo, la testigo Yaneth Alexandra Arango afirmó que los elementos de oficina para el normal funcionamiento del área de farmacia, eran suministrados directamente por la E.S.E. demandada.

A partir de esas declaraciones, también se extrae que el señor EDUARDO FULI, además de cumplir con el objeto de su contrato de prestación de servicios, debía cumplir un horario de trabajo de 07:00 a. m. a 01:00 p. m., o de 01:00 p. m. a 08:00 p. m., o de 07:00 p. m. a 07:00 a. m., en las cuales desarrollaba labores misionales o del giro ordinario de la E.S.E.

Lo anterior encuentra respaldo en la normatividad *ut supra*, pues siendo que el HSLV E.S.E. es un hospital que brinda atención en el segundo nivel de complejidad en salud, cuyo servicio intrahospitalario requiere servicio farmacéutico, le es exigible que disponga permanentemente de personal idóneo para el cumplimiento de tales actividades.

De esta manera, se considera, que, el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY recibía órdenes e instrucciones por parte de su superior, y que las funciones que desempeñaba no eran de carácter temporal, sino permanente, pues son funciones más que necesarias, indispensables para el debido funcionamiento de la entidad, con lo cual, se encuentra debidamente acreditado el elemento de subordinación.

De las pruebas recaudadas, se colige que están demostrados los elementos de una verdadera relación laboral, siendo incuestionable: (i) que existió el ánimo permanente de contratar al actor por parte de la entidad accionada durante los periodos 1. º de febrero de

2013 hasta el 31 de octubre de 2013, 16 de noviembre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014, al reflejarse la continuada contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza de la entidad demandada y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, como lo es para un auxiliar de farmacia, que se encontraba bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de labores, en jornadas de 6 y 12 horas.

Por todo lo anterior, se logró desvirtuar la existencia del vínculo contractual al acreditarse la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral: i) la prestación de servicio personal, ii) subordinada, y iii) remunerada, resultando aplicable el principio de primacía de realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral consagrado en el artículo 53 Superior.

Corolario de lo señalado, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, que realice el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY. Para ello se tomará el ingreso base de cotización del actor, dentro de ese periodo laborado por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, únicamente en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En el trámite de este proceso se acreditó el pago que realizó el actor a través de UNISALUT y SUSALUD al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, en ese sentido, en el caso que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

La situación expuesta no implica que el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY obtenga la calidad de empleado público, ya que, no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentario en concordancia con lo dispuesto en el artículo 122 constitucional. Tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, la posesión en el cargo y disponibilidad presupuestal, como lo ha precisado el Consejo de Estado[10].

Finalmente, revisaremos si en el *sub judice* ha operado la prescripción. Sobre la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe observarse la regulación establecida en el artículo 102 del Decreto 1848 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, que dispone los derechos laborales prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, señalando que el simple reclamo escrito del trabajador interrumpe la prescripción por un término igual.

Al respecto, la sentencia de unificación del Consejo de Estado en esta materia, refiere como necesario que la reclamación de los derechos laborales se realice dentro de un término que no supere el de la prescripción trienal.

Además, que: (i). Existirá solución de continuidad cuando hayan transcurrido más de 30 días hábiles entre los contratos, siempre que los objetos contractuales sean iguales o similares y apunten a la satisfacción de las mismas necesidades, y (ii). Que, al no existir solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración, serán solamente para concluir que no se configura el fenómeno extintivo de prescripción de derechos derivados de cada vínculo contractual.

En el caso de autos, el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY se vinculó a la Empresa Social del Estado HSLV, en los siguientes periodos:

---

[10] Consejo de Estado, consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación interna 1618-09, sentencia del 10 de febrero de 2011.

Convenio Colectivo	Desde	Hasta	Interrupción / días calendario
112	01.Feb.2013	30.Abr.2013	-
288	01.May.2013	30.Jun.2013	-
475	01.Jul.2013	30.Sep.2013	-
705	01.Oct.2013	15.Oct.2013	-
774	16.Oct.2013	31.Oct.2013	-
955	16.Nov.2013	30.Nov.2013	15 días
976	01.Dic.2013	31.Dic.2013	-
006	01.Ene.2014	12.Ene.2014	-
129	13.Ene.2014	12.Feb.2014	-
308	13.Feb.2014	12.Mar.2014	39 días
SN	21.Abr.2014	31.oct.2014	-

Con base en dichas fechas encontramos que el demandante laboró desde el 1. ° de febrero de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014, con dos interrupciones, una de 15 días y otra superior a 30 días, pero como la reclamación administrativa fue radicada en el HSLV el **5 de abril de 2016**, se tiene que los derechos prestacionales reclamados no prescribieron, y así se declarará.

Finalmente, de conformidad con todo lo expuesto, el despacho encuentra responsables solidariamente a los sindicatos UNISALUT y SUSALUD, toda vez, que si bien el demandante estuvo en calidad de afiliado partícipe en estas asociaciones, el servicio de facto, fue prestado directamente para el Hospital Susana López de Valencia, en sus instalaciones, para cumplir funciones del giro ordinario de su actividad económica o razón social, encubriéndose una verdadera relación de trabajo, y así será declarado.

3.- COSTAS.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Comoquiera que se accederá de manera parcial a las pretensiones de la demanda, no se condenará en costas, en los términos del artículo 365 del CGP.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas la excepciones propuestas por la ESE HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo oficio nro. 1235 del 4 de mayo de 2016, que negó al señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY, identificado con C.C. nro. 76.316.530 de Popayán (Cauca), el reconocimiento de una vinculación laboral, por las razones expuestas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho:

- CONDENAR a la Empresa Social del Estado HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA a realizar el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY, tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios celebrados para los períodos comprendidos desde el 1. º de febrero de 2013 hasta el 12 de marzo de 2014 y del 21 de abril de 2014 hasta el 31 de octubre de 2014.

- CONDENAR a la Empresa Social del Estado HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA a tomar el ingreso base de cotización del señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY, dentro del

periodo laborado, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por él como afiliado partícipe y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, únicamente en el porcentaje que le correspondía como empleador, para los periodos comprendidos desde el 1. º de febrero de 2013 hasta el 12 de marzo de 2014 y del 21 de abril de 2014 hasta el 31 de octubre de 2014.

El señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY en el caso que existiese diferencia en su contra frente a las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante esos periodos, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

El tiempo descrito laborado por el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY como auxiliar de farmacia en la E.S.E. HSLV, se debe computar para efectos pensionales.

La CONDENA aquí impuesta es solidaria entre el HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. y los sindicatos UNISALUT y SUSALUD, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, en lo que corresponda a los periodos laborados por el señor EDUARDO FULI MAMBUSCAY para el hospital, como afiliado partícipe en cada contrato sindical.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

SEXTO: El HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E. cumplirá la sentencia en los términos que disponen los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Se cumplirá la sentencia en los términos que disponen los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021.

NOVENO: En firme esta providencia entréguese copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso. Por secretaría liquídense los gastos del proceso y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza

Firmado Por:

Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9c88b7ae86e703cea5813794e438deb2506eb089a7e46bec85a71ebf5c59d1ff**
Documento generado en 10/06/2022 09:42:56 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica