



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta y uno (31) de mayo de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00320-00
Demandante: GUIDO YANCE GUTIÉRREZ
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ Y OTRO
M. de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 063

1.- ANTECEDENTES.

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

El señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SALUD DEL CAUCA – SALUD SINTRASALUD y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SALUD – SIT SALUD, tendiente a obtener la nulidad del Oficio sin número de 22 de febrero de 2016 proferido por el mencionado hospital mediante el cual le negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de acreencias laborales.

A título de restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento de la existencia de una relación de carácter laboral, a partir del 4 de agosto de 1989 hasta el 31 de octubre de 2015, y el pago de todas las contraprestaciones de índole laboral causadas. De manera subsidiaria solicita la indemnización equivalente al valor liquidado por los derechos que no fueron reconocidos con ocasión de los contratos suscritos con el hospital con intermediación de los sindicatos demandados.

Como supuestos fácticos, se narra en la demanda que el señor Guido Yance Gutiérrez fue vinculado directamente y mediante cooperativas de trabajo asociado y sindicatos al Hospital Universitario San José de Popayán ESE a partir del 4 de agosto de 1989, con el objeto de prestar sus servicios personales y subordinados de forma personal e ininterrumpida, como camillero, auxiliar de rayos X, técnico de rayos X y tecnólogo de rayos X, a través de contratos de prestación de servicios.

Que las funciones ejecutadas por él, correspondían a las del giro ordinario desarrolladas por el personal de planta del hospital, resaltando que los servicios estaban sujetos a las planillas de turno diseñadas por la ESE, sin que existiese la autonomía e independencia propia de los contratos de prestación de servicios.

Que el 1.º de octubre de 2015 le fue informado al actor que no continuaría prestando sus servicios a partir del 31 de ese mismo mes y año, razón por la cual elevó derecho de petición ante el Hospital Universitario San José de Popayán, el 4 de febrero de 2016, con el fin de obtener el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el consecuente pago de emolumentos salariales y prestacionales, recibiendo una respuesta negativa mediante oficio de 22 de febrero de 2016.

Como concepto de la violación, se 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 su vinculación existió subordinación, prestación personal del servicio y una remuneración, configurándose una verdadera relación laboral legal y reglamentaria. Adicionalmente, la demanda sostiene que sus vinculaciones se

dieron con intermediación, pese a estar prohibida esta práctica para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, según lo dispuesto en el decreto 2879 de 2004.

En los alegatos de conclusión, la apoderada de la parte accionante se sostuvo en las pretensiones de la demanda, afirmando que se acreditaron los elementos esenciales de un contrato realidad, resaltando que, con la prueba testimonial recaudada se acredita que el señor Guido Yance pese al vínculo contractual, trabajaba en iguales condiciones que los empleados con una vinculación legal y reglamentaria, situación que demuestra que el hospital buscó cubrir la necesidad de personal en los diferentes cargos desempeñados por el actor, con personal contratado directa e indirectamente.

Concluyó que, con base en las pruebas que obran en el expediente, el señor Yance Gutiérrez tuvo una verdadera relación laboral con la E.S.E. Hospital Universitario San José de Popayán, 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 las entidades demandadas.

1.2.1.- Sindicato de Trabajadores de la Salud del Cauca “SINTRASALUDCAUCA”.

En tiempo oportuno el apoderado de la entidad contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, considerando que su representada dio estricto cumplimiento a las normas laborales vigentes, toda vez, que SINTRASALUD fue conformado principalmente con personal del sector salud, con el fin de contratar con empresas de naturaleza pública o privada que requiera personal profesional, técnico o administrativo, y que los servicios que presta son producto de procesos de selección bajo la modalidad de licitación que le han sido adjudicados por diferentes ESE del departamento del Cauca, entre ellas, el HUSJ de Popayán, con quien se contrató la prestación de servicios para la ejecución de procesos de apoyo asistencial de medicina general en las unidades de urgencias, hospitalización, consulta general intramural y servicios administrativos.

Frente a los hechos, aclaró que SINTRASALUD no es una cooperativa de trabajo asociado, sino una organización sindical. Asimismo, que el señor Guido Yance Gutiérrez se desempeñó como tecnólogo en rayos X, a través de ese sindicato, para la ESE HUSJ de Popayán.

Destacó que las personas afiliadas a una organización sindical que prestan sus servicios a través de un contrato colectivo sindical, no tienen relación laboral, sino que tienen la calidad de afiliados partícipes, calidad a la que se acogió el demandante al afiliarse al sindicato.

Propuso las excepciones que denominó: “Inexistencia de la relación legal y reglamentaria”, “mala fe del señor Guido Yance Gutiérrez”, “fala de legitimación en la causa por pasiva”, e “inexistencia de la relación laboral entre el señor Guido Yance Gutiérrez y Sintrasaludcauca, así como entre el actor y la ESE HUSJ de Popayán”.

En la etapa de alegatos de conclusión, SINTRASALUD CAUCA guardó silencio.

1.2.2.- Sindicato de Trabajadores de la Salud “SIT SALUD”.

De manera oportuna la defensa técnica de SIT SALUD se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que los hechos en que se fundan las mismas, no constituyen una violación de las normas de derecho invocadas por el actor, toda vez, que las actuaciones adelantadas por el sindicato obedecieron a las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales y que por lo tanto, el señor Guido Yance Gutiérrez nunca sostuvo una relación laboral, ya que, conforme con el material probatorio obrante en el expediente, la asociación sindical contrató los procesos asistenciales con el HUSJ de Popayán.

Resaltó que debido al tipo de vinculación del demandante con el sindicato como asociado, no existió ninguna relación laboral con SIT SALUD, ni con el HUSJ de Popayán.

Sostuvo que el señor Yance Gutiérrez prestó sus servicios como asociado a ese sindicato desde el año 2010 hasta el año 2014, por lo que la terminación del vínculo con el hospital el 31 de octubre de 2015, no obedeció a la voluntad de SIT SALUD.

Propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación de cancelar salarios y prestaciones sociales”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la relación laboral” y “prescripción de los derechos laborales”.

SIT SALUD no efectuó ningún pronunciamiento en la etapa de alegatos de conclusión.

1.2.3.- Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.

La empresa social del estado, no contestó la demanda.

En la etapa de alegatos de conclusión, la entidad demandada solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto no se logró probar que se configuraron los elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Argumentó que la vinculación del GUIDO YANCE GUTIERREZ como supernumerario es válida y legal para proveer cargos públicos de manera temporal, según lo previsto en el artículo 83 del decreto 1042 de 1978, destacando que entre el año 1989 y 1999, el demandante siempre estuvo vinculado bajo dicha figura con interrupciones, esto es, por periodos debidamente delimitados, pues existen periodos en los que no fue vinculado como supernumerario al no necesitarse que supliera las labores de personal que se encontrara en licencias o para realizar reemplazos.

Destacó que en el año 1989 se lo requirió solo por tres meses: agosto, noviembre y diciembre; para el año 1990 solo los meses de junio, julio, agosto, octubre y noviembre; para el año 1991 solo el mes de marzo; para el año 1992 no fue contratado en los meses de febrero y octubre y en otros meses del mismo año únicamente tuvo contrato por días; que, en los siguientes años, en varios meses no celebró contrato alguno con el HUSJ de Popayán y que, algunos meses solo realizó labores por algunos días.

Afirmó que de acuerdo con el testimonio de la señora Elvira Orobio, el señor Guido Yance fue contratado como supernumerario de forma interrumpida.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios celebrados entre el hospital y el demandante, argumentó que cada uno de ellos tenía un término de meses con diferentes objetos contractuales que variaban, como camillero, auxiliar de rayos x y técnico de rayos x, servicios diferentes e independientes entre sí, por lo que, a su parecer, no se puede hablar de una relación de continuidad ni que existiera una prórroga en el tiempo de la prestación del servicio, y al respecto precisó que el señor YANCE GUTIERREZ dejó de prestar sus servicios al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN E.S.E desde el mes de enero al 20 de septiembre de 2001, que no los prestó en el transcurso del año 2002 y 2003, que nuevamente fue contratado por prestación de servicios por un mes en el año 2004 y por dos meses en el año 2005, y en cada una de las oportunidades en las cuales fue contratado desarrolló sus actividades de manera autónoma e independiente para cada uno de los periodos en los cuales se requirió la prestación del servicio, ya sea, como camillero, auxiliar en Rayos X y como Técnico de Rayos X, sin que el cumplimiento de unas condiciones y lineamientos a los cuales debía someterse como contratista pueda configurar una subordinación que acredite la existencia de una relación de trabajo.

Aunado a lo expuesto, señaló que nunca existió subordinación y que la remuneración que recibió el actor por la prestación de sus servicios no constituye un salario.

Adujo que no se probó la existencia de una relación laboral entre el Hospital Universitario San José de Popayán y el demandante, toda vez, que, sí existió alguna relación contractual, fue entre este y la Cooperativa de Trabajo Asociado Emermed, ello entre los años 2004 y 2009, presentándose el mismo escenario respecto de los contratos sindicales.

1.3.- 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 23 de febrero de 2016 a 23 de junio de 2016, considerando que el oficio sin número de 22 de febrero 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 17 de junio de 2016, como acredita la constancia de fracaso proferida el 14 de septiembre de ese mismo año, interrumpiéndose el término de caducidad por dos meses y 27 días. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 15 de septiembre de 2016, no operó el fenómeno de caducidad.

Ahora bien, debe resaltarse que, respecto de los aportes a la seguridad social en pensiones, el Consejo de Estado¹ 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 sin número de 22 de febrero 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 Guido Yance Gutiérrez y el Hospital Universitario San José E.S.E., el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SALUD DEL CAUCA – SALUD SINTRASALUD y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SALUD – SIT SALUD, 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 la cooperativa de trabajo asociado, los sindicatos y el señor Yance Gutiérrez esconden una verdadera relación laboral entre éste y la Empresa Social del Estado Hospital Universitario San José.

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 Guido Yance Gutiérrez y el Hospital Universitario San José E.S.E.

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-

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

Cooperativas de Trabajo Asociado, e). Vinculación de personal supernumerario, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

La vinculación del señor Guido Yance Gutiérrez con el HUSJ, y/o cooperativas de trabajo asociado y/o asociaciones sindicales:

- ❖ Según oficio de 1.º de diciembre de 2015, visible a folio 118 a 128 del expediente, expedido por el HUSJ de Popayán, el señor Guido Yance Gutiérrez estuvo vinculado a esa ESE, como supernumerario entre los años 1989 y 1999 (índice 02, pág. 145 a 154 del expediente electrónico).
- ❖ De acuerdo al acta aclaratoria de la orden de prestación de servicios nro. 192 del año 2000, se tiene que el HUSJ de Popayán y el demandante suscribieron la orden de prestación de servicios nro. 192 el 11 de junio de ese mismo año -índice electrónico 02, pág. 78-.
- ❖ Mediante oficio de 12 de octubre de 2000, la enfermera coordinadora de urgencias y la médico coordinadora de ese servicio asistencial del HUSJ de Popayán, reconocieron la labor desempeñada durante 6 años por el señor Guido Yance, en sus funciones como camillero -índice electrónico 02, pág. 12-.
- ❖ De acuerdo con los certificados de 13 de septiembre de 2002, 11 de marzo de 2003, 8 de mayo de 2003, 30 de noviembre y 1.º de diciembre de 2015 expedidos por el propio ente hospitalario, y respuesta suscrita por el gerente del ente hospitalario el 11 de marzo de 2003 (índice 02, pág. 194 a 196 del expediente electrónico), el señor Guido Yance Gutiérrez tuvo la siguiente vinculación:
 - Como supernumerario:
 - Desde el 17 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 1989
 - Desde el 5 de junio hasta el 15 de agosto de 1990
 - Del 1.º de octubre al 30 de noviembre de 1990
 - Desde el 7 de marzo hasta el 30 de abril de 1991
 - Desde el 1.º de julio hasta el 16 de septiembre de 1991
 - Desde el 24 de octubre hasta el 30 de diciembre de 1991
 - Del 8 al 31 de enero de 1992
 - Desde el 1.º de marzo hasta el 30 de diciembre de 1992
 - Desde el 1.º de enero 30 de junio de 1993
 - Del 8 al 30 de julio de 1993.
 - Del 17 al 24 de agosto de 1993
 - Desde el 16 de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1993
 - Desde el 2 de enero hasta el 30 de julio de 1994
 - Desde el 1.º de agosto a 30 de diciembre de 1995
 - Desde el 1.º de enero hasta el 30 de diciembre de 1996
 - Del 1.º al 30 de enero de 1997
 - Desde el 1.º de marzo hasta el 30 de julio de 1997
 - Desde el 1.º al 23 de agosto de 1997
 - Desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1997
 - Desde el 1.º de enero hasta el 15 de agosto de 1998
 - Desde el 15 de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1998
 - Desde el 1.º de enero hasta el 15 de julio de 1999
 - Desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1999
 - Desde el 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2000
 - Desde el 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2001

▪ Mediante órdenes de prestación de servicios:

| nro. contrato | Periodo | Duración | Labor | Horario | Salario |
|---------------------------|--------------------------|-----------------|------------------|-------------------|-------------|
| 52 de 2000 | 11.abr.00 a 10.jun.00 | 2 meses | Camillero | Sistema de turnos | \$800.000 |
| 192 de 2000 | 11.jun.00 a 31.ago.00 | 2 meses | Camillero | Sistema de turnos | \$1.066.666 |
| 337 de 2000 | 01.sep.00 a 28.sep.00 | 28 días | Camillero | Sistema de turnos | \$400.000 |
| 388 de 2000 | 01.oct.00 a 31.dic.00 | 3 meses | Auxiliar rayos X | N/E | \$1.650.000 |
| 443 de 2001 | 20.sep.01 a 18.oct.01 | 29 días | Auxiliar rayos X | N/E | \$986.164 |
| 628 de 2001 | 19.oct.01 a 18.nov.01 | 1 mes | Auxiliar rayos X | N/E | \$652.500 |
| 788 de 2001 | 19.nov.01 a 31.dic.01 | 1 mes y 19 días | Auxiliar rayos X | N/E | \$913.500 |
| 472 de 2004 | 13.dic.04 a 31.dic.04 | 19 días | Técnico rayos X | N/E | \$632.700 |
| 344 de 2005 | 01.nov.05 a 31.dic.05 | 2 meses | Técnico rayos X | N/E | \$2.088.000 |
| Adición OPS 344 de 2005 | 01.ene.06 a 31.ene.06 | 1 mes | Técnico rayos X | N/E | \$522.000 |
| 27 de 2006 | 16.ene.06 a 30.sep.06 | 1 mes y 16 días | Técnico rayos X | N/E | \$9.333.000 |
| Adición 01 OPS 27 de 2006 | 01.oct.06 a 30.nov.06 | 2 meses | Técnico rayos X | N/E | \$2.196.000 |
| Adición 02 OPS 27 de 2006 | 01.dic.06 a 15.ene.07 | Mes y 15 días | Técnico rayos X | N/E | \$1.647.000 |

- ❖ Obra certificación de la Oficina Jurídica del HUSJ, en la que consta que el señor Guido Yance Gutiérrez, prestó sus servicios en esa entidad mediante órdenes de prestación de servicios desde abril hasta el 1.º de diciembre de 2006 en funciones de camillero, auxiliar de rayos X y técnico de rayos X -ver expediente electrónico índice 02, pág. 142 y 143-.
- ❖ El Sindicato de Trabajadores de la Salud Sit Salud, hizo constar que el señor Guido Yance, técnico de rayos X, prestaba sus servicios en el HUSJ desde el 8 de febrero de 2004, inicialmente con la Cooperativa de Trabajo Asociado Emermed CTA Emermed, y luego con Sit Salud, con una asignación mensual de \$1'300.000, mediante la modalidad de contrato sindical a término indefinido -ver expediente electrónico índice 02, pág. 109-.
- ❖ Según certificación expedida por el Jefe de Departamento de Imágenes Diagnósticas del HUSJ, el demandante desempeño funciones como auxiliar de rayos X en esa dependencia, desde el 1.º de junio de 2000 hasta el 15 de enero de 2002, y, del 13 al 31 de diciembre de 2004, en reemplazo del titular del cargo de técnico de rayos X. -ver expediente electrónico índice 02, pág. 5 y 6-.
- ❖ Del informe de interventoría y acta de liquidación parcial del contrato nro. 26 de 2006, suscrito entre el HUSJ y el señor Guido Yance Gutiérrez, se desprende que tuvo una

duración de 8 meses y su objeto era prestar servicios especializados como técnico de rayos X, recibiendo el pago acordado -ver expediente electrónico índice 02, pág. 74-.

- ❖ Conforme a la certificación expedida el 12 de septiembre de 2006 por el Gestor de la UEN de apoyo diagnóstico y terapéutico del HUSJ, se tiene que el señor Guido Yance laboró en el Centro de Producción de Imágenes Diagnósticas, como técnico en rayos X del 1.º al 31 de agosto de 2006 -ver expediente electrónico índice 02, pág. 77-.
- ❖ De acuerdo con las actas de prestación de servicios de 2006, las certificaciones expedidas por funcionarios del HUSJ y contratos de prestación de servicios de 2009, se tiene que el señor Guido Yance prestaba sus servicios como técnico en rayos X a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Emermed -ver expediente electrónico índice 02, pág. 80 a 82-.
- ❖ Según los oficios administrativos de septiembre de 2009, enero, junio y agosto de 2010, la representante legal del Sindicato de Trabajadores de la Salud Sit Salud y el HUSJ, hicieron requerimientos a los técnicos de imágenes diagnósticas para que cumplieran con diferentes pedidos -ver expediente electrónico índice 02, pág. 92 a 98-.
- ❖ El señor Guido Yance laboró en el HUSJ a través de Sit Salud como técnico en la Unidad de Imágenes Diagnósticas, desde el 1.º de octubre de 2009 con contrato a término indefinido, ello, según certificación de Sit Salud -ver expediente electrónico índice 02, pág. 99-.
- ❖ Según los cuadros de turnos del HUSJ, el demandante prestó su disponibilidad en los siguientes periodos: abril y diciembre de 2008, enero, febrero, junio y diciembre de 2009, enero y agosto de 2010, enero, febrero y diciembre de 2011, junio, agosto y diciembre de 2012, enero, febrero, marzo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2013, febrero, marzo, abril, mayo, julio y octubre de 2014, enero y noviembre de 2015 --ver expediente electrónico índice 02, pág. 22 a 69-.
- ❖ El 6 de noviembre de 2013, los técnicos de imágenes diagnósticas del HUSJ, entre ellos el señor Guido Yance, solicitaron al representante legal de Sit Salud el pago de los 10 puntos adicionales por motivos de actividades de alto riesgo.

En respuesta, el 12 de noviembre del 2013, Sit Salud le informó que se presentaría una propuesta de costos del proceso de rayos X por concepto de calores correspondientes a puntos adicionales por partículas ionizantes, y les aclaró que su vinculación se realizaba por medio de organización sindical -ver expediente electrónico índice 02, pág. 103 a 105-.

- ❖ El 20 de enero de 2015, el señor Guido Yance en su calidad de tecnólogo de rayos X solicitó su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Salud del Cauca, la cual fue aprobada el 10 de febrero de 2015 -ver expediente electrónico índice 02, pág. 107 a 111-.
- ❖ Con los desprendibles de pago de febrero a octubre de 2015, se tiene que Sintrasalud pagó al demandante los siguientes conceptos: compensación básica, auxilio de transporte, vacaciones, prima de servicio, bono de productividad, compensación a título de cesantías, y dedujo las prestaciones sociales de salud, pensión y, además el aporte sindical -ver expediente electrónico índice 08, pág. 24-.
- ❖ El 23 de marzo de 2015, el señor Yance Gutiérrez presentó declaración de descargos por un presunto abandono del cargo reportado en la oficina de calidad de Sintrasalud -ver expediente electrónico índice 02, pág. 112-.

- ❖ El 26 de agosto de 2015, fue presentada una nueva queja por parte del coordinador de imágenes del HUSJ, dirigida al Gerente de Sintrasalud y en contra del señor Guido Yance, por presunto incumplimiento en el protocolo de realización de procedimientos -ver expediente electrónico índice 02, pág. 115-.
- ❖ Según las planillas de aportes a seguridad social, el señor Guido Yance cotizaba a salud y pensión como independiente -ver expediente electrónico índice 02, pág. 123 a 136-.
- ❖ De acuerdo con el resumen de semanas cotizadas en COLPENSIONES, el HUSJ, efectuó aportes a pensión a nombre del señor Guido Yance Gutiérrez, desde el mes de agosto de 1989 hasta agosto de 2000 -ver expediente electrónico índice 02, pág. 137 y 138-.
- ❖ Con oficio del 23 de febrero de 2016 el gerente del HUSJ, negó la solicitud elevada por el demandante, en relación con el reconocimiento de una relación laboral entre el 4 de agosto de 1989 y el 31 de octubre de 2015, así como el pago de salarios y prestaciones sociales -índice 02 expediente electrónico, pág. 205 a 217-.
- ❖ Mediante certificado de 6 de agosto de 2021, el área de Talento Humano del HUSJ, hace constar que en la planta de cargos de esa institución médica actualmente no existen los cargos de camillero, auxiliar de rayos X, técnico en rayos X, ni tecnólogo de rayos X.

Adicionalmente, certificó que, revisadas las nóminas para las vigencias 1989 a 2015, encontró que el cargo de camillero existió en la planta de cargos del hospital, desde enero de 2000 a junio de 2005, con una asignación mensual de \$ 584.308 m/cte., y con las siguientes funciones, adoptadas mediante el decreto 1335 de 1990, por el cual se expide parcialmente el manual general de funciones y requisitos del subsector oficial del sector salud:

- Trasladar pacientes de acuerdo a normas preestablecidas por la institución.
- Entregar muestras al laboratorio clínico y reclamar los resultados.
- Reclamar los medicamentos de acuerdo con fórmula expedida por el médico para servicios hospitalarios.
- Llevar el registro de traslado de pacientes.
- Colaborar con la movilización de pacientes conjuntamente con el personal de enfermería.
- Trasladar oportunamente a los sitios requeridos el equipo medico quirúrgico de asistencia (balas de oxígeno, electrocardiógrafos y otros).

El cargo de camillero, existió en la planta de cargos del hospital, entre enero de 1989 y octubre de 1992, con una asignación básica de \$ 127.230 m/cte., y las siguientes funciones:

- Programar citas radiográficas, según orden médica.
- Preparar medios de contraste para prácticas y pruebas específicas.
- Participar en el proceso de estudios radiográficos.
- Revelar películas y vaciar los líquidos necesarios para el procesamiento de placas radiográficas.
- Velar por el cumplimiento de las normas de protección radiológica.

 De los contratos celebrados entre el HUSJ con la Cooperativa de Trabajo Asociado Emermed y Sintrasalud para la prestación de servicios de auxiliar de rayos X, técnicos en rayos X y tecnólogo en rayos X.

De acuerdo con el oficio sin nro. de 8 de octubre de 2021, el HUSJ celebró los siguientes contratos - índice 30, pág. 4 a 9 expediente electrónico-.

1).- Con la cooperativa EMERMED:

| Nro. de Contrato | Objeto | Vigencia |
|----------------------------------|--|--|
| 098 de 2004 Orden adicional 1 | Cubrir la necesidad de técnicos y tecnólogos de rayos x para todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 17 de marzo a 31 de mayo de 2004. |
| 237 de 2004 | Cubrir la necesidad de técnicos y tecnólogos de rayos x para todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 1. ° de junio al 31 de agosto de 2004. |
| Orden 457 de 2004 | Cubrir la necesidad de técnicos y tecnólogos de rayos x para todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 3 de diciembre de 2004 al 31 de enero de 2005. |
| 61 de 2005 Adicional 1, 2 y 3 | Prestar el servicio de enfermería profesional, de técnicos de rayos x y tecnólogos en imágenes diagnósticas a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieren atención de urgencias y en general todo paciente que se ha autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones del hospital". | 1. ° de febrero al 31 de julio de 2005. |
| 256 de 2005 | Prestar el servicio de enfermería profesional, de técnicos de rayos x y tecnólogos en imágenes diagnósticas a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieren atención de urgencias y en general todo paciente que se ha autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones del hospital". | 1. ° de septiembre de 2005 al 31 de enero de 2006. |
| 27 de 2006 Adicional 1 y 2 | Prestar el servicio de enfermería profesional, de técnicos de rayos x y tecnólogos en imágenes diagnósticas a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieren atención de urgencias y en general todo paciente que se ha autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones del hospital". | 1. ° de febrero al 30 de noviembre de 2006. |
| 333 de 2006 Adicional 1 | Prestar el servicio de técnicos y tecnólogos de rayos X en imagenología y quirófanos a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el | 1°. de octubre al 30 de noviembre de 2006. |

| Nro. de Contrato | Objeto | Vigencia |
|-----------------------------------|---|---|
| | SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | |
| 384 de 2006 | Prestar el servicio de técnicos y tecnólogos de rayos X en imagenología y quirófanos a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 1. ° de diciembre de 2006 al 15 de enero de 2007. |
| 009 de 2008 Adicional 1, 2 y 3 | Prestar servicios asistenciales en salud en la especialidad de medicina general en los centros de producción de urgencias adultos y unidad de cuidado intermedio adultos, unidad de cuidados intensivos adultos y disponibilidad apoyo médico en transporte asistencial medicalizado, bacteriología, técnicos y tecnólogos en imágenes diagnósticas, terapeuta respiratorio, imágenes de agnósticas y mantenimiento preventivo quirófanos, a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieran atención de urgencias y en general todo paciente que sea autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 16 de enero al 31 de mayo de 2008. |
| 126 de 2008 Adicional 1 | Realizar el proceso integral de atención médica de pacientes en la especialidad de técnicos y tecnólogos en imágenes diagnósticas y mantenimiento preventivo de quirófanos y manejo amplificador de imágenes a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieren atención de urgencias y en general todo paciente que se ha autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 1. ° de junio de 2008 al 7 de enero de 2009. |
| 17 de 2009 | Realizar el proceso integral de atención médica de pacientes en la especialidad de técnicos y tecnólogos en imágenes diagnósticas y mantenimiento preventivo de quirófanos y manejo amplificador de imágenes a todos los pacientes que provengan de entidades que tengan contrato con el hospital, pacientes vinculados, pacientes particulares, pacientes del SOAT, pacientes que requieren atención de urgencias y en general todo paciente que se ha autorizado por el SIAU o por la "central de autorizaciones" del hospital. | 8 de enero al 30 de septiembre de 2009. |

2).- Con el sindicato SINTRASALUD:

| Contrato | Objeto | Vigencia |
|---|---|--|
| Contrato colectivo sindical 024 de 2015 | Prestación de servicios profesionales, técnicos y de apoyo a la gestión del hospital en áreas asistenciales requeridos para garantizar los servicios de apoyo diagnóstico en laboratorio clínico, imagenología, actividades de auditoría clínica, auditoría para mejoramiento de la | A partir del registro presupuestal, CDP nro. 09 de 2 de enero de 2015, la aprobación de las garantías y la |

| Contrato | Objeto | Vigencia |
|---|---|--|
| | calidad como apoyo para la coordinación de enfermería, patología, consulta externa, convenio docencia servicio sistema de atención al usuario SIAU, ética médica y prestación de servicios profesionales para el comité de infecciones y epidemiología y personal para transportar asistencial en el macroproceso misional del hospital universitario San José empresa social del estado. | suscripción del acta de inicio hasta agotar el valor presupuestado. |
| Contrato colectivo sindical 276 de 2015 | Prestación de servicios profesionales, técnicos y de apoyo a la gestión en el macroproceso misional del hospital universitario San José de Popayán ESE en las actividades asistenciales y administrativas. | A partir del registro presupuestal, CDP nro. 364 de 30 de octubre de 2015, la aprobación de las garantías y la suscripción del acta de inicio hasta agotar el valor presupuestado. |

3). Con el sindicato SIT SALUD:

| Contrato | Objeto | Vigencia |
|-------------|---|--|
| 182 de 209 | Prestar servicios profesionales en la especialidad de terapia física y respiratoria para los procesos de atención ambulatoria, urgencias, cirugía ambulatoria y hospitalización en el macroproceso misional. | Desde el 1. ° de octubre al 15 de diciembre de 2009 |
| 005 de 2010 | Prestar servicios en la especialidad de técnicos y tecnólogos en imágenes diagnósticas y mantenimiento de quirófanos y manejo amplificador de imágenes en el proceso de atención en complementación terapéutica, rehabilitación en complementación terapéutica, rehabilitación en el macroproceso misional. | Desde el 16 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2010. |
| 16 de 2011 | Prestar servicios e la especialidad de técnicos y tecnólogos en imágenes diagnósticas y mantenimiento de quirófanos y manejo amplificador de imágenes en el proceso de atención en complementación terapéutica, rehabilitación en el macroproceso misional. | Desde el 1. ° de febrero hasta el 30 de noviembre de 2011, o hasta agotar el valor del contrato, lo que ocurra primero. |
| 010 de 2012 | Realizar el proceso integral de atención médica de pacientes en toma de imágenes diagnósticas | Desde el 1. ° de febrero al 30 de septiembre de 2012 |
| 253 de 2012 | Prestación del servicio de técnicos, tecnólogos y manejo del amplificador de imágenes en el marco del proceso misional del Hospital Universitario San José de Popayán ESE. | Previo perfeccionamiento, registro presupuestal y aprobación de las garantías, hasta agotar el valor presupuestado. (fecha de suscripción ilegible). |

| Contrato | Objeto | Vigencia |
|-------------|--|--|
| 018 de 2013 | (...) 7.- Realizar prestación de servicios asistenciales de apoyo Dx el laboratorio clínico y rayos X. | Previo perfeccionamiento, registro presupuestal y aprobación de las garantías, hasta agotar el valor presupuestado. (fecha de suscripción 2 de enero de 2013). |
| 243 de 2013 | (...) 9.- Realizar prestación de servicios asistenciales de apoyo Dx el laboratorio clínico y rayos X. | Previo perfeccionamiento, registro presupuestal y aprobación de las garantías, hasta agotar el valor presupuestado. (fecha de suscripción 12 de septiembre de 2013). |
| 014 de 2015 | Realizar el proceso integral de atención de enfermería a pacientes por enfermeras profesionales, en los servicios de: internación, urgencias, cirugía, consulta externa, apoyo diagnóstico y complementación terapéutica (...) | Previo perfeccionamiento, registro presupuestal y aprobación de las garantías, hasta agotar el valor presupuestado. (fecha de suscripción 2 de febrero de 2015). |
| 002 de 2014 | (...) 9.- Realizar la prestación de servicios asistenciales de apoyo Dx y manejo de amplificador de imágenes en quirófanos. <u>- índice 09 pág. 100 a 118 del expediente electrónico-</u> . | Previo perfeccionamiento, registro presupuestal y aprobación de las garantías, hasta agotar el valor presupuestado. (fecha de suscripción ilegible) |

✚ En audiencia de pruebas celebrada el 24 de septiembre de 2021, se recibieron los testimonios de ELVIRA OROBIO SALAZAR, ANGEL FRANCISCO TORRES OBANDO JARAMILLO y FELISA YACUMAL RUIZ - índice 29 expediente electrónico -.

Elvira Orobio Salazar, Ángel Francisco Torres Obando Jaramillo y Felisa Yacumal Ruiz, señalaron que conocen al señor Guido Yance Gutiérrez con ocasión de sus trabajos en el HUSJ, que residen en la ciudad de Popayán y que fueron compañeros de trabajo del demandante, en diferentes épocas.

Fueron unánimes al manifestar que el señor Yance Gutiérrez laboró para el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E. desempeñando funciones como camillero, posteriormente como técnico en rayos X y finalmente como tecnólogo en rayos X, ello en el periodo comprendido entre los años 1989 y 2015.

Afirmaron que, inicialmente, casi todos los trabajadores del HUSJ eran empleados de planta, pero que, con la reestructuración realizada por la institución cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la mayoría de empleados salieron y fueron vinculados como supernumerarios, entre ellos, el señor Guido Yance, fecha para la cual señalan que el hospital efectuaba los pagos y aportes a seguridad del demandante. Posteriormente, según se indicó por los testigos, los coordinadores de área, les dijeron que debían llevar sus hojas de vida a las cooperativas de trabajo asociado, y que, cuando se “acabó” la cooperativa, les dijeron que tenían que pasarse a las asociaciones sindicales, sin que tuvieran la posibilidad de escoger

a cuál se afiliarían. Manifestaron que dichas cooperativas y sindicatos servían de intermediación laboral, puesto que los servicios finalmente eran prestados para la E.S.E.

Refirieron que el superior del señor Guido Yance era el Coordinador de cada área en la que se desempeñó, coordinador que en ocasiones era de planta y en otras no. También destacaron que, por la naturaleza de las actividades desarrolladas y el sistema de trabajo por turnos, siempre que ellos necesitaban ausentarse de su lugar de trabajo, al igual que los demás trabajadores, debían pedir permiso e informar a los coordinadores, ya que, en caso de no cumplir con los procedimientos y reglas de este carácter, perderían el empleo.

Asimismo, indicaron que el señor Guido Yance cumplía los horarios establecidos en las planillas de turnos, que su vinculación fue continua pues siempre lo veían trabajando, que las funciones que desarrollaba eran las mismas que ejecutaban las personas empleadas de planta que trabajaron con él en las distintas áreas, y que, la remuneración del demandante se pagaba con recursos propios de la E.S.E.

Los testigos indicaron que el señor Guio Yance Gutiérrez era muy buen trabajador, responsable, cumplía sus funciones y que procuraba su formación académica.

Adicionalmente, la señora Elvira Orobio manifestó que cuando le preguntó al señor Guido Yance los motivos de la terminación de su vínculo con el HUSJ, este le dijo que era porque "le caía mal a su jefe".

SEGUNDA: Marco jurídico.

A continuación, abordaremos cuatro campos necesarios para resolver el tema de litigio, a saber: 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.

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.º 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 de la Constitución Política 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.

Bajo esa premisa, 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 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:

"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

² Sentencia T-616 de 2012.

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

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 contrato⁴.

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 formalidades⁵:

"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 de la denominación 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, recientemente 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. Precizando 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.

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».

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).

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 Decreto 1848 de 1969, y del análisis jurídico efectuado al tema del contrato realidad que tiene implicaciones para el derecho pensional, sentó el Consejo de Estado 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 concurren 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”. (Hemos destacado).

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 contar con los contratos celebrados entre las partes. En efecto, en sentencia 8 de septiembre de 2017, dijo⁶:

"(...) 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, señaló que es indispensable la presencia del contrato, so pena de que no sea viable hacer el análisis de los respectivos periodos laborados⁷:

"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".

c). - Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado.

Sobre el particular, la Ley 10 de 1990 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".

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:

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

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- Cooperativas de Trabajo Asociado.

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 1º. Para los efectos de los incisos 1º y 3º 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 3º de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle".

Adicionalmente, los Ministerios de Salud y Trabajo en 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 Público 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 lo 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 dicho⁸:

“(…) 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 directa⁹.

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 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.

⁸. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2011, Radicado No. 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), Actor: María Stella Lancheros Torres, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁹. “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”.

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". (Hemos destacado).

Se desprende de lo anterior, que, en caso de intermediación laboral resultado de la prestación de servicios de cooperados 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, tanto la cooperativa como el tercero que se benefició del servicio prestado encubriendo una relación de trabajo, serán solidariamente responsables en el pago de las prestaciones causadas, en condición de empleadores del asociado.

e.- Sobre los supernumerarios.

El artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, dispone:

"ARTÍCULO 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por periodos superiores

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse."

Con relación a la imposibilidad de reconocimiento de prestaciones al personal supernumerario vinculado por un término de tres meses o menos, la Corte Constitucional mediante sentencia C-401 de 1998 declaró inexecutable el inciso 5 del precitado artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978 que consagraba esta prohibición. En dicha sentencia, sobre la vinculación de los supernumerarios, precisó:

"(...) 8. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. Difiere del contrato de prestación de servicios profesionales por varios conceptos, especialmente porque en este último, aunque puede haber cierto grado de sujeción, no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el primero, y porque la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo mediante resolución, en la cual deberá expresarse el término durante el cual se prestarán los servicios y el salario que se devengará, que se fijará teniendo en cuenta las escalas de remuneración establecidas en la ley. Se trata pues de una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, que en esencia es temporal.

9. Como estatuto excepcional que es, se desnaturaliza cuando es empleado para cubrir necesidades distintas de aquellas para las que fue concebido. De esta manera, cuando la Administración, recurre a esta forma de vinculación de personal para cubrir necesidades permanentes de servicio, desconoce de facto los principios de rango

constitucional que gobiernan la carrera administrativa, afectando en primer lugar a los servidores así vinculados, quienes no verán respetada la garantía de estabilidad en el cargo, y desconociendo también el derecho de acceso de los ciudadanos a la Administración Pública, de acuerdo con los méritos y capacidades de los aspirantes, todo lo cual va en detrimento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que, por mandato superior, deben regir la función pública".

En cuanto al límite para vincular personal supernumerario, señaló:

"(...)19. No encuentra la Corte que las normas constitucionales impongan límite temporal alguno para la vinculación de personal transitorio a la administración Pública. Bien puede entonces producirse esta vinculación por períodos que sean inferiores o que superen los tres meses de que habla la norma sub examine. En cambio, el cumplimiento de los requisitos y finalidades anteriormente referidos, resulta absolutamente inexcusable.

20. La Corte encuentra entonces, que las facultades que el inciso tercero otorga al Gobierno para autorizar la vinculación de personal transitorio por cualquier período de tiempo, y sin ninguna restricción, contradicen la normatividad constitucional, que exige una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales".

Y finalmente, sobre el pago de prestaciones sociales a los empleados supernumerarios, estableció:

"(...) 23. la Corte encuentra que ella no se ajusta al régimen constitucional vigente a partir de 1991, régimen que no sólo reconoce que el derecho al trabajo es fundamental por constituir un valor inherente a la naturaleza humana, sino que, en la efectivización de este derecho, así como de los demás de este mismo rango, funda la legitimidad del Estado mismo. En tal virtud, el constituyente, en el artículo 25 superior, prescribió que el trabajo goza de la especial protección del Estado y reconoció que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Pero, avanzando aun, más en la protección de este derecho fundamental, en el artículo 53, con el objetivo de garantizar aquellas condiciones dignas y justas de cada trabajo particularmente considerado, definió los principios constitucionales rectores de la protección estatal al trabajo. Así, indicó que tales principios eran el de igualdad de oportunidades para los trabajadores, el de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; el de estabilidad en el empleo; el de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el de las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; el de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; el de garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y el de protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

24. Para esta Corporación el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad.

25. Adicionalmente, la restricción que se viene comentando desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Puede decirse que, ante la incapacidad de negociar las condiciones legales de ejercicio del cargo, es la misma ley la que resulta imponiendo al servidor transitorio la inconstitucional renuncia a esta categoría de beneficios mínimos que constituyen las prestaciones sociales reconocidas a los servidores públicos".

Según lo expuesto, los supernumerarios pueden ser vinculados de manera excepcional, para solventar las necesidades de personal de las entidades públicas y ejecutar funciones que no sean del giro ordinario del nominador.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Se solicita en la demanda el reconocimiento de una relación laboral entre el señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ y el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E., así como el pago de salarios y prestaciones sociales causadas entre los años 1989 a 2015, en virtud del servicio prestado en ese periodo; de manera subsidiaria, el reconocimiento de indemnización por despido injusto.

De la otra orilla, la defensa de los sindicatos y de la E.S.E. consideran que la vinculación del señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ no fue de naturaleza laboral, puntualizando que la prestación de los servicios se realizó en principio como supernumerario, figura consagrada legalmente, luego, a través de la cooperativa de trabajo asociado EMERMED, y, finalmente, como afiliado de las asociaciones sindicales SINTRASALUD y SIT SALUD; cancelándosele todo emolumento correspondiente con base en dichos contratos.

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 inexistente¹⁰, 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.

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 Cooperativas de Trabajo Asociado o de otras formas 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.

En cuanto al personal supernumerario, como vimos en el marco jurídico, es una forma excepcional de vinculación que contempla la ley en aras de suplir las vacancias temporales

¹⁰ 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.

de los empleados públicos, o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio; en ella se encuentra presente el elemento de subordinación, se trata entonces de una verdadera relación laboral siendo su esencia temporal, que, aunque sea transitoria, debe reconocer salario y prestaciones sociales en igualdad de condiciones que el personal de planta. La jurisprudencia constitucional ha indicado que cuando se utiliza esta figura para suplir necesidades permanentes del servicio, se desconoce el derecho a la estabilidad del empleo del personal y el principio del mérito de la carrera administrativa.

Bajo esa óptica, es importante destacar la naturaleza jurídica del Hospital Universitario San José ESE, se trata de una entidad pública, descentralizada del orden municipal, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que tiene como misión ofrecer a la población servicios de salud de alta complejidad. En ese sentido, su actividad misional permanente se relaciona con la prestación de servicios de salud, 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 GUIDO YANCE GUTIÉRREZ en el ente hospitalario.

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 cuatro bloques diferentes: (I) La relación jurídica sustancial del señor Guido Yance Gutiérrez con el HUSJ, (II) La afiliación del actor a la Cooperativa de Trabajo Asociado EMERMED y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de esa afiliación, y (III) La afiliación del actor al Sindicato de Trabajadores de la Salud- SIT SALUD y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de afiliado partícipe, y; (IV) La afiliación del actor al Sindicato de Trabajadores de la Salud- SINTRASALUD DEL CAUCA y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de afiliado partícipe.

(I). Conforme a las pruebas recaudadas, está probada la relación jurídica sustancial del señor Guido Yance Gutiérrez y el HUSJ, entre el 17 de noviembre de 1989 y el 15 de enero de 2007, con algunas interrupciones, así:

- ❖ Como supernumerario: Según certificaciones de 13 de septiembre de 2002, 11 de marzo de 2003, 8 de mayo de 2003 y 1. ° de diciembre de 2015 expedidas por personal administrativo del HUSJ, y respuesta suscrita por el gerente del ente hospitalario el 11 de marzo de 2003, el señor Guido Yance Gutiérrez estuvo vinculado como supernumerario (camillero, auxiliar-técnico de RX y operario de servicios generales) entre los años 1989 y 2000 con algunas interrupciones, y también entre los meses de enero a marzo del año 2001 -Ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 142 a 154/ 194 a 196 / 198 y ss.-.
- ❖ Como contratista: Según certificaciones de 13 de septiembre de 2002, 11 de marzo de 2003, 8 de mayo de 2003, 30 de noviembre y 1. ° de diciembre de 2015 expedidas por personal administrativo del HUSJ, y respuesta suscrita por el gerente del ente hospitalario el 11 de marzo de 2003, así como los contratos 052, 192, 337 y 388 de 2000; 443, 628 y 788 de 2001; 472 de 2004, 344 de 2005 y 027 de 2006, el señor Guido Yance Gutiérrez suscribió contratos de prestación de servicios con el HUSJ, así: del 11 de abril al 31 de diciembre de 2000, del 20 de septiembre al 31 de diciembre de 2001, del 13 al 31 de diciembre de 2004, del 1. ° de noviembre al 31 de diciembre de 2005, del 16 de enero de 2006 al 15 de enero de 2007 -ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 142 a 154/ 194 a 196 / 198 y ss/ 201 a 203; índice 03 carpeta de pruebas-.

En suma, estuvo vinculado directamente con el HUSJ en los siguientes periodos: Desde el 17 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 1989, desde el 5 de junio hasta el 15 de agosto de 1990, del 1. ° de octubre al 30 de noviembre de 1990, desde el 7 de marzo hasta el 30 de abril de 1991, desde el 1. ° de julio hasta el 16 de septiembre de 1991, desde el 24 de octubre hasta el 30 de diciembre de 1991, del 8 al 31 de enero de 1992, desde el 1. ° de marzo hasta el 30 de diciembre de 1992, desde el 1. ° de enero 30 de junio de 1993, del 8 al 30 de julio de 1993, del 17 al 24 de agosto de 1993, desde el 16 de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1993, desde el 2 de enero hasta el 30 de julio de 1994, desde el 1. ° de agosto a 30 de diciembre de 1995, desde el 1. ° de

enero hasta el 30 de diciembre de 1996, del 1. ° al 30 de enero de 1997, desde el 1. ° de marzo hasta el 30 de julio de 1997, desde el 1. ° al 23 de agosto de 1997, desde el 1. ° de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1997, desde el 1. ° de enero hasta el 15 de agosto de 1998, desde el 15 de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1998, desde el 1. ° de enero hasta el 15 de julio de 1999, desde el 1. ° de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1999, desde el 1. ° de enero hasta el 31 de marzo de 2000; del 11 de abril al 31 de diciembre de 2000, del 1. ° de enero hasta el 31 de marzo de 2001, del 20 de septiembre al 31 de diciembre de 2001, del 13 al 31 de diciembre de 2004, del 1. ° de noviembre al 31 de diciembre de 2005 y del 16 de enero de 2006 al 15 de enero de 2007.

Entonces, en principio, se establece que el señor Guido Yance fue vinculado como supernumerario entre los años 1989 y 2000, directamente por el HUSJ, de manera que no medió ninguna cooperativa ni asociación sindical. Asimismo, se logró acreditar que durante este periodo él realizaba las mismas funciones asignadas a los funcionarios de planta, ello se colige del certificado de funciones para los años 1989 a 1991 y las establecidas para el demandante con cada contrato, según se observa en el expediente electrónico índice 02, pág. 166 a 179, documentos en los que además se constata la exigencia del cumplimiento de horarios según los turnos y el acatamiento de órdenes de los superiores.

(II) Está probada la afiliación del señor Guido Yance Gutiérrez a la Cooperativa de Trabajo Asociado EMERMED y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de esa afiliación, así:

- ❖ De acuerdo con el oficio sin nro. de 8 de octubre de 2021, el HUSJ celebró los siguientes contratos con la CTA EMERMED, los cuales incluyen las actividades asistenciales como rayos X y obran en el expediente electrónico: 098 de 2004 vigencia 17 de marzo a 31 de mayo de 2004; 237 de 2004 vigencia 1. ° de junio al 31 de agosto de 2004; 457 de 2004 vigencia 3 de diciembre de 2004 al 31 de enero de 2005; 61 de 2005 vigencia 1. ° de febrero al 31 de julio de 2005; 256 de 2005 vigencia 1. ° de septiembre de 2005 al 31 de enero de 2006; 27 de 2006 vigencia 1. ° de febrero al 30 de noviembre de 2006; 333 de 2006 vigencia 1. ° de octubre al 30 de noviembre de 2006; 384 de 2006 vigencia 1. ° de diciembre de 2006 al 15 de enero de 2007; 009 de 2008 vigencia 16 de enero al 31 de mayo de 2008; 126 de 2008 vigencia 1. ° de junio de 2008 al 7 de enero de 2009 y 17 de 2009 vigencia 8 de enero al 30 de septiembre de 2009 - ver índice 30, pág. 4 a 9 expediente electrónico-.
- ❖ Según la constancia expedida el 3 de marzo de 2009 por el gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado EMERMED, a esa fecha y desde el 16 de enero de 2007 el demandante se encontraba afiliado a esa CTA y en virtud de esto laborando en el HUSJ como técnico en rayos X -ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 90-.
- ❖ De acuerdo con el oficio “*entrega de películas de dosimetría*” suscrito por la gerente encargada de la Cooperativa de Trabajo Asociado EMERMED, de 9 de septiembre de 2009, a esa fecha el demandante se encontraba afiliado a esa CTA y laborando en el HUSJ como técnico en rayos X -ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 92-.
- ❖ Según los cuadros de turnos del HUSJ aportados al proceso, el demandante prestó su disponibilidad en los siguientes periodos: abril y diciembre de 2008, enero, febrero y junio de 2009 -ver expediente electrónico índice 02, pág. 22 a 69-.

Sintetizando, estuvo vinculado a la CTA EMERMED y como afiliado prestó servicios en rayos X e imagenología en el HUSJ como técnico de rayos X, en el siguiente periodo: Desde el 16 de enero de 2007 a 9 de septiembre de 2009, fecha esta que se toma porque es la data del último oficio y no fue posible establecer la terminación del vínculo entre el actor y la cooperativa.

(III) La afiliación del señor Guido Yance Gutiérrez al Sindicato de Trabajadores de la Salud-SIT SALUD y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de afiliado partícipe:

- ❖ De acuerdo con la documentación que reposa en el expediente electrónico índice 09 contestación demanda pág. 64, el Sindicato de Trabajadores de la Salud SIT SALUD fue constituido el 8 de septiembre de 2009.
- ❖ De acuerdo con el oficio sin nro. de 8 de octubre de 2021 expedido por el HUSJ, este celebró los siguientes contratos con el sindicato SIT SALUD, los cuales incluyen la actividad de rayos X y obran en el expediente electrónico: 182 de 209 vigente desde el 1. ° de octubre al 15 de diciembre de 2009; 005 de 2010 vigente desde el 16 de enero de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2010; 16 de 2011 vigente desde el 1. ° de febrero hasta el 30 de noviembre de 2011, o hasta agotar el valor del contrato, lo que ocurra primero; 010 de 2012 vigente desde el 1. ° de febrero al 30 de septiembre de 2012; 253 de 2012 vigente desde el perfeccionamiento hasta agotar el valor presupuestado; 018 de 2 de enero de 2013 vigente desde el perfeccionamiento hasta agotar el valor presupuestado; 243 de 2013 vigente desde el perfeccionamiento hasta agotar el valor presupuestado; 002 de 17 de enero de 2014 y 014 de 2 de febrero de 2015 vigente desde el perfeccionamiento hasta agotar el valor presupuestado.
- ❖ Según constancia expedida el 29 de enero de 2013 por la secretaria de presidencia del sindicato, a esa fecha el demandante se encontraba laborando en el HUSJ en el cargo de técnico en la Unidad de Imágenes Diagnósticas, a través de SIT SALUD, desde el 1. ° de octubre de 2009, mediante contrato a término indefinido -ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 99-.
- ❖ Según los oficios administrativos de enero, junio y agosto de 2010, la representante legal de SIT SALUD y el HUSJ, hicieron requerimientos a los técnicos de imágenes diagnósticas para que cumplieran con diferentes pedidos ver expediente electrónico índice 02 demanda pág. 94 y 95-.
- ❖ Según los cuadros de turnos del HUSJ aportados al proceso, el demandante prestó su disponibilidad en los siguientes periodos: diciembre de 2009, enero y agosto de 2010, enero, febrero y diciembre de 2011, junio, agosto y diciembre de 2012, enero, febrero, marzo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2013, febrero, marzo, abril, mayo, julio y octubre de 2014, enero de 2015 -ver expediente electrónico índice 02, pág. 22 a 69-.
- ❖ El 6 de noviembre de 2013, los técnicos de imágenes diagnósticas del HUSJ, entre ellos el señor Guido Yance, solicitaron al representante legal de SIT SALUD el pago de los 10 puntos adicionales por motivos de actividades de alto riesgo -ver expediente electrónico índice 02, pág.103 a 105-.

En respuesta, el 12 de noviembre del 2013, SIT SALUD le informó que se presentaría una propuesta de costos del proceso de rayos X por concepto de calores correspondientes a puntos adicionales por partículas ionizantes, y les aclaró que su vinculación se realizaba por medio de contrato sindical -ver expediente electrónico índice 02, pág.107-.

El gerente del HUSJ también dio respuesta a la petición y les aclaró que su vinculación se realizaba por medio de organización sindical -ver expediente electrónico índice 02, pág.110 a 111-.

Condensando, estuvo vinculado a SIT SALUD y como afiliado partícipe laboró en el HUSJ como técnico de rayos X, en el siguiente periodo: Desde el 1. ° de octubre de 2009 al 12 de noviembre de 2013. En las demás anualidades, aunque se probó que el sindicato tenía contrato con el hospital (como por ejemplo el contrato 002 de 2014), no se demostró la prestación del servicio del actor al ente hospitalario.

(IV) La afiliación del señor Guido Yance Gutiérrez al Sindicato de Trabajadores de la Salud- SINTRASALUD DEL CAUCA y la prestación de servicios al HUSJ en virtud de afiliado partícipe:

- ❖ Según documentación aportada por el HUSJ, el Sindicato de Trabajadores de la Salud del Cauca- SINTRASALUD CAUCA, fue constituido el 19 de julio de 2011 -ver expediente electrónico índice 08 pág. 17 y 20-.
- ❖ El 20 de enero de 2015 el demandante en su calidad de tecnólogo de rayos X solicitó su afiliación al Sindicato de Trabajadores de la Salud del Cauca- SINTRASALUD CAUCA, la cual fue aprobada el 10 de febrero de 2015 -ver expediente electrónico índice 08 pág. 24-.
- ❖ De acuerdo con el oficio sin nro. de 8 de octubre de 2021 expedido por el HUSJ, este celebró los siguientes contratos con el sindicato SINTRASALUD, los cuales incluyen la actividad de rayos X y obran en el expediente electrónico: Contrato colectivo sindical 024 de 2015 vigencia 11 febrero de 2015 y hasta agotar el valor presupuestado; Contrato colectivo sindical 276 de 2015 vigencia 10 de noviembre de 2015 y hasta agotar el valor presupuestado -ver índice 30, pág. 4 a 9 expediente electrónico-.
- ❖ Con los desprendibles de pago de febrero a diciembre de 2015, se tiene que SINTRASALUD CAUCA pagó al demandante los siguientes conceptos: compensación básica, auxilio de transporte, vacaciones, prima de servicio, bono de productividad, compensación a título de cesantías, y dedujo las prestaciones sociales de salud, pensión y, además el aporte sindical -expediente electrónico índice 08 pág. 46 a 54-.
- ❖ El 23 de marzo de 2015, el señor Yance Gutiérrez presentó declaración de descargos por un presunto abandono del cargo reportado en la oficina de calidad de SINTRASALUD -expediente electrónico índice 02 pág. 112 y 113-.
- ❖ El 26 de agosto de 2015, fue presentada una nueva queja por parte del coordinador de imágenes del HUSJ, dirigida al Gerente de SINTRASALUD y en contra del señor Yance Gutiérrez, por presunto incumplimiento en el protocolo de realización de procedimientos -expediente electrónico índice 02 pág. 115-.

Se resalta que, SINTRASALUD mediante oficio de 1. ° de octubre de 2015, terminó a partir del 31 de octubre de 2015 la condición de afiliado partícipe del señor Guido Yance dentro del contrato sindical nro. 24 de 11 de febrero de 2015, firmado entre el sindicato y el HUSJ. Sin embargo, de acuerdo con los desprendibles de pago -expediente electrónico índice 08 pág. 46 a 54-, el sindicato le hizo pagos desde el 11 de febrero a 31 de diciembre de 2015, pero en razón del retiro, será el 31 de octubre de 2015 la fecha que se tome como límite temporal del rol de tecnólogo en rayos X de la ESE San José.

En suma, estuvo vinculado a SINTRASALUD y como afiliado partícipe laboró en el HUSJ como tecnólogo de rayos X, en el siguiente periodo: Del 11 de febrero al 31 de octubre de 2015, fecha de terminación del vínculo con el sindicato.

Queda, entonces, probada la relación jurídica sustancial del señor Guido Yance Gutiérrez con el HUSJ entre el 17 de noviembre de 1989 y el 15 de enero de 2007, con algunas interrupciones; asimismo, la relación jurídica sustancial del demandante con la CTA EMERMED (del 16 de enero de 2007 al 9 de septiembre de 2009), el sindicato SIT SALUD (del 1. ° de octubre de 2009 al 12 de noviembre de 2013) y el sindicato SINTRASALUD (11 de febrero al 31 de octubre de 2015), y de estos con el HUSJ en los periodos que el actor demostró haber laborado en el centro hospitalario.

De todos los documentos referidos anteriormente, se desprende que el actor prestó sus servicios en el HUSJ en actividades diferentes y épocas distintas: mientras fue vinculado como supernumerario o mediante prestación de servicios por el hospital, se desempeñó como camillero, operario de servicios generales, auxiliar de rayos X y técnico de rayos X;

mientras que, ya como afiliado de la CTA EMERMED o de los sindicatos SIT SALUD y SINTRASALUD, desempeñó sus funciones únicamente en el área de rayos X.

Ahora, como se señaló líneas arriba, la vinculación como supernumerario y a través de contrato de prestación de servicios, son unas modalidades excepcionales 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 de cara a los documentos revisados en esta sentencia, con ellos y con los testimonios de Elvira Orobio Salazar, Ángel Francisco Torres Obando Jaramillo y Felisa Yacumal Ruiz, quienes declararon que el actor había prestado sus servicios en la E.S.E Hospital Universitario San José, está probada la prestación personal del servicio del señor Guido Yance Gutiérrez. Dichas declaraciones tienen respaldo, además, en las cotizaciones a pensión efectuadas por la empresa de salud y los cuadros de turnos aportados con la demanda.

Desprendiéndose de lo anterior, que, en el caso bajo análisis, aparecen acreditados: (i) la prestación personal del servicio por parte del señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, quien efectivamente brindó los servicios de camillero, auxiliar, técnico y tecnólogo de rayos X en el HUSJ ESE y, (ii) una remuneración por el mismo, tal como se extrae de las certificaciones, los desprendibles y contratos de prestación de servicios señalados.

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 por parte de su superior inmediato en áreas donde prestó sus servicios, es decir, por parte del médico, enfermera jefe o coordinador de turno.

A partir de esas declaraciones y de los cuadros de turnos allegados, también se extrae que el señor YANCE GUTIÉRREZ, además de cumplir con el objeto de su contrato de prestación de servicios, debía cumplir un horario de trabajo dispuesto, en las cuales desarrollaba labores en igualdad de condiciones que los empleados de planta del hospital.

De esta manera, se considera, que, el señor Guido Yance 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 necesarias para el debido funcionamiento y cumplimiento del objeto determinado por la ley a la empresa social del estado HUSJ, con lo cual, se encuentra debidamente acreditado el elemento de subordinación.

Se desprende entonces, de las pruebas recaudadas, que están demostrados los elementos de una verdadera relación laboral, siendo incuestionable: (i) que existió el ánimo permanente de contratar al actor por parte del HUSJ por una línea de tiempo aproximada de veinticinco (25) años, durante los siguientes periodos: Desde el 17 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 1989, desde el 5 de junio hasta el 15 de agosto de 1990, del 1. ° de octubre al

30 de noviembre de 1990, desde el 7 de marzo hasta el 30 de abril de 1991, desde el 1.º de julio hasta el 16 de septiembre de 1991, desde el 24 de octubre hasta el 30 de diciembre de 1991, del 8 al 31 de enero de 1992, desde el 1.º de marzo hasta el 30 de diciembre de 1992, desde el 1.º de enero 30 de junio de 1993, del 8 al 30 de julio de 1993, del 17 al 24 de agosto de 1993, desde el 16 de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1993, desde el 2 de enero hasta el 30 de julio de 1994, desde el 1.º de agosto a 30 de diciembre de 1995, desde el 1.º de enero hasta el 30 de diciembre de 1996, del 1.º al 30 de enero de 1997, desde el 1.º de marzo hasta el 30 de julio de 1997, desde el 1.º al 23 de agosto de 1997, desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1997, desde el 1.º de enero hasta el 15 de agosto de 1998, desde el 15 de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1998, desde el 1.º de enero hasta el 15 de julio de 1999, desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1999, desde el 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2000; del 11 de abril al 31 de diciembre de 2000, del 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2001, del 20 de septiembre al 31 de diciembre de 2001, del 13 al 31 de diciembre de 2004, del 1.º de noviembre al 31 de diciembre de 2005, del 16 de enero de 2006 al 15 de enero de 2007, del 16 de enero de 2007 al 9 de septiembre de 2009, del 1.º de octubre de 2009 al 12 de noviembre de 2013 y del 11 de febrero al 31 de octubre de 2015; 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 el personal asistencial (camillero, técnico o tecnólogo de rayos X), que se encontraba bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de labores.

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 al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ E.S.E. que realice el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, en los periodos no prescritos. 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 las cotizaciones que realizó el actor a través de la E.S.E. y de Sintrasalud al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, por lo tanto, 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 GUIDO YANCE GUTIERREZ 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 Estado¹¹.

Respecto a la pretensión del pago de indemnización por concepto de un supuesto despido sin justa causa, no se accederá puesto que el actor no contaba con la calidad de empleado público que hubiese llevado a tener una vinculación a término indefinido para una posible condena por despido injustificado y al pago de salarios dejados de percibir.

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

¹¹ Consejo de Estado, consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación interna 1618-09, sentencia del 10 de febrero de 2011.

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.

Con base en las fechas de prestación del servicio, encontramos que el accionante laboró con interrupciones de meses en algunos periodos, destacándose el vacío probatorio de enero a octubre de 2005, respecto de lo cual, siendo el corte 31 de diciembre de 2004, ha debido presentar la demanda a más tardar 31 de diciembre de 2007, so pena de que prescribiera el derecho, como efectivamente ocurrió. Ahora, nuevamente hay un vínculo sucesivo del 1. ° de noviembre de 2005 al 12 de noviembre de 2013, con interrupciones inferiores a 30 días, y luego del 11 de febrero al 31 de octubre de 2015, como la reclamación administrativa se efectuó el **4 de febrero de 2016** y la demanda se presentó el **15 de septiembre de 2016**, de cara a estas fechas, los derechos prestacionales reclamados anteriores al 1. ° de noviembre de 2005, se encuentran prescritos.

Es del caso recordar que, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, con radicación interna 0088-15, CE-SUJ2-005-16, se estableció la imprescriptibilidad de los aportes a pensión, y, por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de estos, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

Con base en lo anterior, para los periodos anteriores al 1. ° de noviembre de 2005, únicamente se reconocerá el valor adeudado por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

En cuanto al periodo 1. ° de noviembre de 2005 al 12 de noviembre de 2013 y del 11 de febrero al 31 de octubre de 2015, como la reclamación se presentó el 4 de febrero de 2016, se hizo dentro del plazo legal, y la demanda fue presentada el 15 de septiembre de 2016, no ha operado el fenómeno de prescripción y así se declarará.

Finalmente, y, conforme con todo lo expuesto, el despacho encuentra responsables solidariamente a los sindicatos Sit Salud y Sintrasalud, 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 Universitario San José de Popayán, en sus instalaciones, para cumplir funciones del giro ordinario de su actividad económica o razón social, y bajo las órdenes de sus empleados y coordinadores, 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 registrarán 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: NO DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la defensa técnica de los sindicatos SIT SALUD y SINTRASALUD, por lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la defensa técnica del sindicato SIT SALUD, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio sin nro. 22 de febrero de 2016, que negó al señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, identificado con C.C. nro. 76.309.056 el reconocimiento de una vinculación laboral, por las razones expuestas.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho:

- CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ E.S.E., a tomar el ingreso base de cotización del señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, dentro del periodo laborado, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratante 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 17 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 1989, desde el 5 de junio hasta el 15 de agosto de 1990, del 1.º de octubre al 30 de noviembre de 1990, desde el 7 de marzo hasta el 30 de abril de 1991, desde el 1.º de julio hasta el 16 de septiembre de 1991, desde el 24 de octubre hasta el 30 de diciembre de 1991, del 8 al 31 de enero de 1992, desde el 1.º de marzo hasta el 30 de diciembre de 1992, desde el 1.º de enero 30 de junio de 1993, del 8 al 30 de julio de 1993, del 17 al 24 de agosto de 1993, desde el 16 de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1993, desde el 2 de enero hasta el 30 de julio de 1994, desde el 1.º de agosto a 30 de diciembre de 1995, desde el 1.º de enero hasta el 30 de diciembre de 1996, del 1.º al 30 de enero de 1997, desde el 1.º de marzo hasta el 30 de julio de 1997, desde el 1.º al 23 de agosto de 1997, desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de diciembre de 1997, desde el 1.º de enero hasta el 15 de agosto de 1998, desde el 15 de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1998, desde el 1.º de enero hasta el 15 de julio de 1999, desde el 1.º de septiembre hasta el 30 de noviembre de 1999, desde el 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2000; del 11 de abril al 31 de diciembre de 2000, del 1.º de enero hasta el 31 de marzo de 2001, del 20 de septiembre al 31 de diciembre de 2001 y del 13 al 31 de diciembre de 2004.

- CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ E.S.E., a realizar el pago de aportes a pensión y las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ, tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios celebrados para el periodo laborado comprendido entre el 1.º de noviembre al 31 de diciembre de 2005, del 16 de enero de 2006 al 15 de enero de 2007, del 16 de enero de 2007 al 9 de septiembre de 2009, del 1.º de octubre de 2009 al 12 de noviembre de 2013 y del 11 de febrero al 31 de octubre de 2015.

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

El tiempo laborado por el demandante con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ E.S.E., descrito en este numeral, se debe computar para efectos pensionales.

- La CONDENA aquí impuesta es solidaria entre el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ E.S.E. y los sindicatos SIT SALUD y SINTRASALUD, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, en lo que corresponda a los periodos laborados por el señor GUIDO YANCE GUTIÉRREZ para el hospital como afiliado participe en cada contrato sindical.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

Sentencia NREDE núm. 063 de 31 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00320-00
Accionante: GUIDO YANCE GUTIÉRREZ
Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN Y OTROS
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SEXTO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

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.

DÉCIMO: ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

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:

c9637970f66eb66464aac7c76ecdce11ece2fdb4580232789291f6ebd10953e7

Documento generado en 31/05/2022 03:24:19 PM

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