



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 octubre de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008-2018-00328-00
Demandante: ELIANA CIFUENTES TRUJILLO
Demandado: HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E.
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 153

1.- ANTECEDENTES.

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

La señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra del HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E, tendiente a obtener la nulidad del Oficio nro. HFPS-GG-JURIDICA. 57 de 31 de mayo de 2018 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 y el pago de todas las contraprestaciones de índole laboral causadas, así como las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, que no fueron reconocidos con ocasión de los contratos suscritos con el hospital con intermediación de cooperativas y sindicatos. Solicitó además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la omisión en el pago de las acreencias laborales. Dichas sumas, solicita, sean debidamente indexadas, se condene al pago de intereses moratorios, las costas y gastos del proceso.

Como base fáctica de las pretensiones se narra en la demanda que la señora Eliana Cifuentes Trujillo firmó los siguientes contratos para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería:

- Con el Hospital Francisco de Paula Santander en el periodo 1. ° de octubre de 2009 a 31 de julio de 2010, 16 de agosto de 2011 a 31 de enero de 2014, finalmente, sin firmar contrato, desde el 1. ° de febrero de 2014 a 31 de julio de 2015.
- Con la cooperativa COEMPAZ en el periodo 1. ° de agosto de 2010 a 15 de agosto de 2011.
- Con la cooperativa AS TEMPORALES en el periodo 1. ° de agosto de 2015 a 31 de diciembre de 2016.

Se indica que, durante la vinculación, la accionante prestó sus servicios bajo la subordinación de la entidad demandada, cumplía y le exigían horario de trabajo, con conocimiento previo a través de cuadros de turnos asignados por su jefe inmediato y recibía una contraprestación por sus servicios, afirmando que no podía ausentarse de su labor durante los turnos asignados, cumpliéndose de esta manera con los elementos necesarios para la declaratoria de la relación laboral.

Asimismo, que la señora Eliana Cifuentes presentó renuncia al cargo y el 30 de enero de 2018 solicitó el reconocimiento de la relación laboral con el consecuente pago de los salarios

y prestaciones sociales, solicitud que fue negada mediante el acto administrativo demandado.

Como normas violadas se invocaron los artículos 53, 83, 90 de la Constitución Política. Y de orden legal: el artículo 1, 2 de la Ley 244 de 1995, Decretos 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1848 de 1978, Ley 6 de 1945, Código Sustantivo del Trabajo, Ley 61 de 1946.

Como concepto de la violación, se afirma que la forma de vinculación de la 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, sostiene que sus vinculaciones se dieron con intermediación, pese a estar prohibida esta práctica para las cooperativas de trabajo asociado.

En el escrito de contestación de las excepciones y en los alegatos de conclusión, la apoderada de la parte actora insistió en las pretensiones de la demanda, afirmando que se acreditaron los elementos esenciales de un contrato realidad, resaltando que, con las pruebas recaudadas se acredita que la señora Eliana Cifuentes Trujillo laboró al servicio de la entidad, asimismo, que la vinculación laboral fue directamente con el hospital y a través de cooperativas de trabajo, estas últimas, afirma, fueron obligados por el hospital a firmar contratos de prestación de servicios, pero los servicios fueron prestados directamente a la institución médica y en las instalaciones de la entidad.

Manifiesta que la enfermera accionante, trabajaba en iguales condiciones que los empleados de planta, con una vinculación legal y reglamentaria, situación que demuestra que el hospital buscó cubrir la necesidad de personal en dicho cargo, con personal contratado directa e indirectamente.

Concluyó que, con base en las pruebas que obran en el expediente, la señora Cifuentes Trujillo tuvo una verdadera relación laboral con la E.S.E. Hospital Francisco de Paula Santander, 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.

En cuanto a la excepción de prescripción, señala que no es posible su declaratoria, considerando que los derechos se hacen exigibles con la sentencia condenatoria, puesto que es constitutiva del derecho, asimismo, por cuanto el servicio prestado por la accionante se hizo de manera continua e ininterrumpida desde el año 2009 al año 2017.

1.2.- Postura y argumentos de defensa del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.

En tiempo oportuno el apoderado de la entidad contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, considerando que la relación contractual del Hospital con la señora Eliana Cifuentes Trujillo culminó el 31 de diciembre de 2009 y las demás contrataciones que se acreditan en el expediente fueron realizadas con cooperativas de trabajo asociado, afirmando entonces que son estas entidades quienes deben responder por las pretensiones de la accionante, entidades que realizaron el pago de las cotizaciones a seguridad social. Asimismo, señaló que el hospital nunca ha contratado de manera verbal con personas naturales.

Manifiesta que la parte actora omitió la remisión de contratos de prestación de servicios, sin los cuales es improcedente acceder a sus pretensiones, teniendo en cuenta que no se acredita la entidad contratante, objeto del contrato, modalidad, horarios, supervisor, aclarando que la Ley 80 de 1993 permite a las entidades contratar personal a través de contratos de prestación de servicios, en aras del mejoramiento del servicio de la entidad, cuando sean funciones que no se puedan suplir con personal de planta.

Resalta que nunca existió relación laboral entre la señora Eliana Cifuentes y el Hospital Francisco de Paula Santander, y, por tanto, no tiene derecho a las acreencias laborales que solicita.

Propuso las excepciones que denominó: “*No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*”, resuelta de manera negativa mediante auto interlocutorio núm. 926 dictado en la audiencia inicial realizada el 9 de diciembre de 2020, “*prescripción*”, “*pago de lo no debido*” y, “*la innominada*”.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda.

En la etapa de alegatos de conclusión guardó silencio.

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 la accionante 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 9 de junio de 2018 al 9 de octubre de 2018, en razón a que el oficio HFPS-GG-JURÍDICA nro. 57 de 31 de mayo de 2018 fue enviado a través de correo electrónico de la accionante el 8 de junio de 2018.

La solicitud de conciliación extrajudicial fue radicada el 5 de septiembre de 2018, como acredita la constancia de fracaso de la diligencia proferida el 20 de noviembre de ese mismo año, suspendiéndose el término de caducidad por 1 mes y 4 días.

Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 10 de diciembre de 2018, no operó el fenómeno de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, debe resaltarse que, respecto de los aportes a la seguridad social en pensiones, el Consejo de 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 al Despacho determinar si hay lugar a declarar la nulidad del oficio HFPS-GG-JURÍDICA nro. 57 de 31 de mayo de 2018, 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 la señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO y el HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA DE SANTANDER E.S.E., 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 el hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., la cooperativa temporal ASTEMPORALES y la señora Cifuentes Trujillo esconden una verdadera relación laboral entre ésta y la Empresa Social del Estado.

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

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 la señora Eliana Cifuentes Trujillo y el Hospital Francisco de Paula Santander 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- Empresas de Servicios Temporales, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

❖ La vinculación de la señora Eliana Cifuentes Trujillo con el HFPS, y/o Cooperativas de Trabajo Asociado:

- Obra cuadro de turnos, al servicio del área de cirugía, para personal de auxiliares de enfermería, cuadros firmados por la líder proceso cirugía, algunos por gerente y otros por subgerentes del HFPS. Respecto de la señora Eliana Cifuentes Trujillo se destacan las siguientes horas laboradas.

2009:

- ✓ Noviembre: 72 horas

2010:

- ✓ Enero: 78 horas
- ✓ Febrero: No se señala hora.
- ✓ Marzo: 72 horas.
- ✓ Abril: 130 horas.
- ✓ Mayo: 131 horas.

2011:

- ✓ Enero: 191 horas.
- ✓ Febrero: 97 horas.
- ✓ Marzo: 151 horas.
- ✓ Abril: 170 horas.
- ✓ Mayo: 195 horas.
- ✓ Junio: 145 horas.
- ✓ Julio: 165 horas.
- ✓ Septiembre: 150 horas.
- ✓ Octubre: 118 horas.
- ✓ Diciembre: 148 horas.

2012:

- ✓ Enero: 187 horas.
- ✓ Febrero: 102 horas.
- ✓ Marzo: 124 horas.
- ✓ Abril: 128 horas.
- ✓ Mayo: 156 horas.
- ✓ Junio: 104 horas.
- ✓ Julio: 165 horas.

- ✓ Agosto: 172 horas.
- ✓ Septiembre: No señala horario.
- ✓ Octubre: 144 horas.
- ✓ Diciembre: 102 horas.

2013:

- ✓ Enero: 184 horas.
- ✓ Febrero: 134 horas.
- ✓ Marzo: 190 horas.
- ✓ Abril: 154 horas.
- ✓ Mayo: 180 horas.
- ✓ Junio: 156 horas.
- ✓ Julio: 186 horas.
- ✓ Agosto: 182 horas.
- ✓ Septiembre: 168 horas.
- ✓ Octubre: 150 horas.
- ✓ Noviembre: 186 horas.
- ✓ Diciembre: 168 horas.

2014:

- ✓ Enero: 124 horas.
- ✓ Febrero: 120 horas.
- ✓ Marzo: 150 horas.
- ✓ Abril: 154 horas.
- ✓ Mayo: 162 horas.
- ✓ Junio: 166 horas.
- ✓ Julio: incompleto.
- ✓ Agosto: 184 horas.
- ✓ Septiembre: 158 horas.
- ✓ Octubre: 40 horas.
- ✓ Noviembre: Incompleto.
- ✓ Diciembre: 178 horas.

2015:

- ✓ Enero: 126 horas.
- ✓ Febrero: 181 horas.
- ✓ Marzo: 186 horas.
- ✓ Abril: 186 horas.
- ✓ Mayo: 198 horas.
- ✓ Junio: 182 horas.
- ✓ Julio: 190 horas.
- ✓ Agosto: 132 horas.
- ✓ Octubre: 154 horas.

2016:

- ✓ Enero: 192 horas.
- ✓ Febrero: 176 horas.
- ✓ Marzo: 164 horas.
- ✓ Abril: 178 horas.
- ✓ Mayo: 140 horas.
- ✓ Julio: 194 horas.
- ✓ Agosto: Ilegible.
- ✓ Septiembre: 138 horas.
- ✓ Octubre: 150 horas.
- ✓ Noviembre: 162 horas.
- ✓ Diciembre: 186 horas.

2017:

- ✓ Enero: 189 horas.
 - ✓ Febrero: 134 horas.
- Mediante órdenes de prestación de servicios con el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.:

nro. contrato	Periodo	Labor	Horario	Salario	Supervisión
2010-PS-548	1. ° de mayo a 30 de junio de 2010	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 2.075.695	Enfermero coordinador cirugía
2011-PS-709	16 de agosto a 30 de septiembre de 2011	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.853.760	Enfermera entidad
nro. 2011-PS-1024	1.° de octubre a 31 de octubre de 2011	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 911.432	Enfermera entidad
nro. 2011-PS-1400	1.° de noviembre a 31 de diciembre de 2011	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 2.641.608	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-158	1. ° de enero a 31 de enero de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.598.868	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-499	1.° de febrero de 2012 a 31 de marzo de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 2.085.480	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-838	1.° de abril a 30 de abril de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 988.672	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-1230	1.° de mayo a 31 de mayo de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.204.944	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-1426	1.° de junio a 30 de junio de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 803.296	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-1776	1. ° de julio a 31 de agosto de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 2.610.712	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-2305	1. ° de septiembre a 30 de septiembre de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.189.496	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-2632	1.° de octubre a 31 de octubre de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.158.600	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-2960	1.° de noviembre a 30 de noviembre de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 741.704	Enfermera entidad
nro. 2012-PS-3307	1.° de diciembre a 31 de diciembre de 2012	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 787.848	Enfermera entidad
nro. 2013-PS-245	1. ° de enero a 31 de enero de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.421.216	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-525	1.° de febrero a 28 de febrero de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.127.704	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-791	1.° de marzo a 31 de marzo de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.467.560	Por quien designe la gerencia

nro. contrato	Periodo	Labor	Horario	Salario	Supervisión
nro. 2013-PS-1021	1. ° a 30 de abril de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.328.528	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-1328	1.° a 31 de mayo de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.583.420	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-1636	1.° a 30 de junio de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.544.800	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-1963	1.° a 31 de julio de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.436.664	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-2290	1.° a 31 de agosto de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.606.592	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-2602	1.° a 30 de septiembre de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.282.184	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-2920	1.° a 31 de octubre de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.158.600	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-3242	1.° a 30 de noviembre de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.575.696	Por quien designe la gerencia
nro. 2013-PS-3563	1.° a 30 de diciembre de 2013	Auxiliar de enfermería	Sistema de turnos	\$ 1.297.632	Por quien designe la gerencia

- Obra documento denominado *ruta de inducción* realizada a la señora Eliana Cifuentes Trujillo, en los meses de enero y febrero de 2009, por las áreas de pediatría, sala de partos, urgencias, hospitalización, cirugía-quirófanos del Hospital Francisco de Paula Santander.
- Obran certificaciones expedidas por la tesorería del Hospital Francisco de Paula Santander, en las cuales se señala que a la señora Eliana Cifuentes Trujillo se le practicó retención en la fuente en el periodo enero a diciembre de 2009, en el equivalente al 6 %.
- A través de oficio del mes de mayo de 2010, el gerente del Hospital Francisco de Paula Santander informó a la señora Eliana Cifuentes, que el supervisor del contrato nro. 548-2010, sería el señor Absalón Vega, jefe del proceso de cirugía de la E.S.E.
- Obra documento denominado *relación de egresos*, del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., con el cual, se acredita que se descontó a la señora Eliana Cifuentes Trujillo, por los servicios prestados a la E.S.E., los siguientes conceptos: estampilla ProDesarrollo, servicios del 6 %, estampilla por electrificación.
- Obra planillas autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social integral, en las cuales, se encuentra la señora Eliana Cifuentes Trujillo, con los siguientes datos:
 - AFP: Colfondos.
 - EPS: S.O.S.
 - Periodos: 2010: agosto a diciembre.
2011: enero a agosto.

- Mediante órdenes de prestación de servicios con la cooperativa ASTEMPORALES S.A.S.:
 - ✓ Obra contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, de 1. ° de agosto de 2015, suscrito entre la señora Eliana Cifuentes y Astemporales S.A.S., con las siguientes características:
 - Cargo u oficio del trabajador en misión: auxiliar de enfermería - quirófanos.
 - Valor básico mensual: \$ 645.000
 - Lugar donde desempeñará las labores: Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E.
 - Término del contrato: 2 meses.
 - Vencimiento 30 de septiembre de 2015.
- Obra oficio sin número y fecha, dirigido a la señora Eliana Cifuentes, por parte de la representante legal de la sociedad Astemporales S.A.S., en la cual se le informa:

"Por medio de la presente, me permito comunicarle que el contrato de trabajo suscrito entre las partes identificado contrato número 2015-374. Del primero (01) de agosto del 2015, cuya fecha de vencimiento se había estipulado al treinta (30) de septiembre del 2015. El cual fue renovado desde el primero (01) de octubre del 2015 hasta el treinta y uno (31) de Marzo de 2016. Y renovado por un periodo de Seis (06) meses más contados a partir del primero (01) de Abril del 2016 hasta el treinta (30) de septiembre de 2016. Se renovara nuevamente por un periodo de Tres (03) meses más contados a partir del primero (01) de Octubre del 2016 hasta el treinta y uno (31) de diciembre del 2016". [Así fue escrito].
- Obra certificación de 1. ° de marzo de 2017, suscrita por la representante legal de ASTEMPORALES, en la cual, se indica:

"Que el (la) señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO, de CIRUGIA inició labores a partir del 01 de agosto de 2015, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 1061430860, desarrolla actividades como AUXILIAR DE ENFERMERIA, con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, mediante un contrato a término FIJO, con una asignación mensual de UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$ 1.230.000) M/CTE.". [Así fue escrito].
- El 30 de enero de 2018 la señora Eliana Cifuentes Trujillo solicitó al hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de acreencias laborales, aportes a seguridad social. Dicha solicitud fue negada por la Empresa Social del Estado, a través del acto administrativo demandado.
- Se remitió el Acuerdo nro. 005 de 25 de junio de 2019, *"Por el cual se establece la planta de personal del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. de Santander de Quilichao, Cauca"*, en el cual, se señala que existen 4 cargos de enfermero Código 243, grado 6, nivel profesional.
- Mediante Resolución nro. 292 de 13 de agosto de 2013 *"por medio de la cual se autoriza el funcionamiento de una empresa de servicios temporales."*, referida a la empresa ASTEMPORALES S.A.S.
- Mediante escrito de 31 de enero de 2014 la señora Eliana Cifuentes Trujillo solicitó a la representante legal del sindicato SINTRASALUD CAUCA, la afiliación a la asociación sindical, en calidad de auxiliar de enfermería.
- ❖ En audiencia de pruebas celebrada el 16 de junio de 2022, se recibió el testimonio de ANDRÉS FERNANDO CHÁVARRO GONZÁLEZ.

El testigo señaló que conoce a la señora Eliana Cifuentes Trujillo porque fueron compañeros de trabajo en el hospital Francisco de Paula Santander, laboraron como enfermeros en el área de cirugía de dicha institución, que eran llamados *"auxiliares cubrerotos"*.

Afirma que la señora Cifuentes Trujillo laboró aproximadamente desde el año 2009 hasta el 2017, unos periodos directamente con el hospital a través de órdenes de prestación de servicios, y otras, a través de entidades intermediarias, como cooperativas.

Manifiesta que algunas funciones desempeñadas por la accionante fueron: Recuperación en cirugía, admisión de pacientes para cirugía, circulante de cirugía, canalización, monitoreo del paciente antes y después de los procedimientos, medidas de confort a los pacientes previo al procedimiento, administración de medicamentos, control signos vitales durante el procedimiento, seguir órdenes de especialista, anestesiólogo, instrumentador, alistamiento de equipamiento quirúrgico.

Señala que el desempeño de las funciones las realizaba mediante el sistema de turnos, los cuales eran asignados por el coordinador de cirugía o el jefe de enfermería encargado del quirófano; en el periodo que laboró la accionante, eran los jefes: Absalón Vega, Jhon Chicangana y Carlos Andrés -no indicó apellido del funcionario-. Aclara que no era posible escoger los turnos o el lugar de trabajo, estos eran señalados por los jefes inmediatos. En caso de requerir ausentarse del lugar de trabajo, señala, debía acudir a los coordinadores quienes debían suplir el turno.

Por la necesidad del servicio, de acuerdo con la carga laboral de la institución, manifiesta siempre son necesarios los auxiliares de enfermería en la institución médica, y con mayor razón en el área de cirugía, teniendo en cuenta que permanentemente se presentan urgencias vitales, partos, cesáreas y accidentes. Afirma que aproximadamente eran 22 auxiliares de enfermería, 12 de ellos contratados por OPS o a través de otras entidades, sin embargo, desarrollaban las mismas funciones que las personas nombradas de planta en el hospital, cumplían los mismos turnos, horarios, se diferenciaban en cuanto a la remuneración, puesto que las personas del hospital devengaban vacaciones, primas, cesantías, entre otros.

Señala que en algunos periodos la accionante estuvo contratada mediante las empresas COEMPAZ y ASTEMPORALES, ellas se encargaban de consignar el valor de su sueldo.

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, y 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

² Sentencia T-616 de 2012.

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 origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”⁴.

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

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

⁴ Sentencia C-555 de 1994.

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

88. (ii) *Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».*

89. (iii) *El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».*

90. *A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.*

91. *En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia”.*

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

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

En cuanto al fenómeno de la *prescripción*, mantuvo la posición fundamentada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 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

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

en el artículo 674 del Decreto Ley 1298 de 1994 o Estatuto Orgánico de Seguridad Social en Salud, que establece:

"CLASIFICACION DE EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1o. de la Ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a) Los de Secretario de Salud o Director seccional o local del Sistema de Salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente.

b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes.

c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo".

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

Para arribar 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- Empresas de Servicios Temporales.

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

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades a los cuales se les aplica la mencionada ley podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, con el fin de suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales. Ulteriormente, la Ley 1429 de 2010, mediante la cual se busca la formalización y la generación de empleo, así como la materialización de los derechos laborales a quienes presten sus servicios, en su artículo 63 señaló la prohibición de contratar personal para actividades misionales permanentes mediante vínculos que afecten los derechos consagrados en las normas laborales vigentes. Estipula que la intermediación laboral solamente estará permitida ejercerla a las Empresas de Servicios Temporales:

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

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

"artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle".

Adicionalmente, los Ministerios de Salud y Trabajo en 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".

Recordemos que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990⁸, establece, respecto de la Empresa de Servicios Temporales:

"Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador".

Las empresas usuarias únicamente pueden contratar trabajadores en misión por medio de las Empresas de Servicios Temporales, conforme con el artículo 77 de la norma en cita en los siguientes casos:

"1. cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo⁹;

2. cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más".

Respecto de la vinculación del trabajador a una Empresa de Servicios Temporales, el Consejo de Estado, ha dicho¹⁰:

"De conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, existe responsabilidad solidaria entre el dueño de la labor y el contratista que suministra los trabajadores para desarrollar su objeto, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 34. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos de sus trabajadores y no representantes ni simples intermediarios, las personas que contraten la ejecución de una o varias obras o labores en beneficio ajeno por un precio determinado, asumiendo

⁸ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones."

⁹ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 6º. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del {empleador}

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 7 de noviembre de 2018, Radicado No. 0115-14, Actor: Omar de Jesús Gañán Suarez, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo, dueño de la obra o base industrial a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.» (Subrayado ajeno al texto).

Es claro entonces que en el presente caso se configuró dicha solidaridad, dado que las actividades desplegadas por los vigilantes y/o conserjes no son extrañas a la labor requerida por la Alcaldía de Pereira para sus instituciones educativas, en tanto que son indispensables para la seguridad personal de los estamentos educativos, las instalaciones y los equipos y elementos propios de las distintas actividades académicas y administrativas de los centros educativos municipales.

«Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.»¹¹

La Corte Constitucional, al evaluar los requisitos de dicha solidaridad, ha expresado:

«Se predica responsabilidad solidaria en materia laboral, al tenor del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio correspondería efectuarla a ella, por ser una de las actividades relacionadas en su objeto social; (ii) la empresa contratista contrata, a través de contrato laboral, al trabajador o a los trabajadores que se requieren para para la ejecución de la labor o la obra; (iii) la labor ejecutada por el trabajador en beneficio de la empresa contratante guarda relación directa con una o varias de las actividades que aquella realiza, de acuerdo con el giro propio de sus negocios; (iv) la empresa contratista incumple, total o parcialmente, sus deberes como empleadora, de uno o varios trabajadores que ejecutan la labor en beneficio de la empresa contratista; y, (v) la labor la ejecutó el trabajador bajo órdenes y supervisión de la empresa contratante; o siguiendo lineamientos por ella establecidos; o en las instalaciones físicas de la misma y haciendo uso de sus recursos físicos y de personal; o todas las anteriores.»¹²

Se concluye en este aspecto que los servicios prestados por el demandante para SERVITEMPORALES S.A. por cuenta y en misión para el Municipio de Pereira, convierten a éste último en responsable solidario de las obligaciones salariales y prestacionales surgidas de la relación contractual a que se viene haciendo referencia. Sin embargo, como no está en discusión su reconocimiento y pago, que el demandante aceptó, la Sala limitará su pronunciamiento a la continuidad en la prestación del servicio con efectos pensionales con el municipio de Pereira, objeto de la apelación, entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011”.

Se desprende de lo anterior, que, en caso de intermediación laboral resultado de la prestación de servicios de empresas temporales 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 empresa de servicios temporales 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 empleado en misión.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de 1° de marzo de 2011. Radicación: 35864

¹² Corte Constitucional, sentencia T-889 de noviembre 20 de 2014.

e. - Del contrato realidad en casos de auxiliares de enfermería.

La Corte Constitucional, guardando la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, sostuvo respecto del contrato realidad de auxiliares de enfermería lo siguiente:

"62. En el caso particular de los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades públicas como una E.S.E. y auxiliares de enfermería, como es el caso de la aquí accionante, el Consejo de Estado ha dicho en reiterada jurisprudencia que, por las características de las funciones contratadas, se presume el presupuesto de subordinación y dependencia, el cual podrá ser desvirtuado por la parte accionada.

63. Esto con fundamento en que no es posible hablar de autonomía cuando una auxiliar de enfermería, por lo general, "no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en qué horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación."[77]

64. De igual forma, el Consejo de Estado ha explicado que "dicha presunción existe en atención a que por regla general se debe tener en cuenta que a los médicos les corresponde direccionar a las enfermeras y emitir órdenes tendientes a que estas ejecuten un cuidado particular a cada paciente en los centros de salud", en razón a que las dolencias, medicamentos y tratamientos varían en cada caso, motivo por el cual se entiende que entre médicos y enfermeras hay más que una coordinación de actividades.

65. Es de resaltar que en el caso particular en que se ha demandado a un hospital que es E.S.E. también se ha señalado que las labores de una auxiliar de enfermería, a menos que la parte accionada demuestre lo contrario, no pueden ser consideradas como actividades esporádicas ejercidas en una entidad prestadora de salud, sino que tiene carácter permanente, pues es una labor "necesaria para la prestación eficiente del servicio público esencial de salud".[78]

66. Aunado a lo anterior, es evidente que, dada la naturaleza de las funciones de auxiliar de enfermería, se puede deducir que esta función no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que "quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios". Además, la actividad que se desarrolla por un auxiliar de enfermería no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud. En palabras del Consejo de Estado, lo expuesto "no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir". En consecuencia, le corresponderá a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción".[79]¹³

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Se solicita en la demanda el reconocimiento de una relación laboral entre la señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO y el HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E., así como el pago de salarios y prestaciones sociales causadas entre los años 2009 a 2017, en virtud del servicio prestado en ese periodo en calidad de auxiliar de enfermería, asignada al programa de cirugía.

De la otra orilla, la defensa de la E.S.E. considera que la vinculación de la señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO no fue de naturaleza laboral, puntualizando que solo estuvo vinculada con el Hospital en los años 2009 y 2010, y que por tanto, las reclamaciones frente a estos periodos se encuentran prescritos. En cuanto a los demás periodos solicitados señala estuvo vinculada a través de otras entidades y por ello, no puede considerarse a la E.S.E. como su empleador, siendo que, las reclamaciones laborales deben realizarse a las entidades que la vincularon.

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

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-388/20. Referencia: Expediente T-7.745.031. Acción de tutela presentada por Lucy Caycedo Chala contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E. Magistrada ponente: DIANA FAJARDO RIVERA. Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre dos mil veinte (2020).

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 inexistente¹⁴, 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, por la sociedad a la cual fue vinculada la accionante 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 ordinario.

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, siempre y cuando, se cumpla con las condiciones de temporalidad establecida por la Ley. 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.

Con base en lo señalado, encontramos que, en el presente proceso, se encuentran acreditados los siguientes aspectos:

- ❖ De acuerdo con los contratos allegados con la demanda, suscritos entre el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. y la señora Eliana Cifuentes Trujillo, se acreditó que laboró en calidad de auxiliar de enfermería para la entidad, los siguientes periodos:
 - En el año 2010: desde el 1. ° de mayo a 30 de junio.
 - En el año 2011: desde el 16 de agosto a 31 de diciembre.
 - En el año 2012: desde el 1. ° de enero a 31 de diciembre.
 - En el año 2013: desde el 1 de enero a 31 de diciembre.
- ❖ De acuerdo con contrato, oficio de prórroga del contrato y certificación expedida por la representante legal de la Empresa Astemporales S.A.S., se acreditó la vinculación de la señora Eliana Cifuentes al Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., a través de la figura de empleado en misión, en el periodo 1. ° de agosto de 2015 a 28 de febrero de 2017, en calidad de auxiliar de enfermería, asignada al programa de cirugía.

¹⁴ 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.

- ❖ Se remitió, además, cuadro de turnos, del área de cirugía, lugar donde desarrolló las funciones de enfermera la señora Eliana Cifuentes Trujillo, con la cual, se acredita que prestó sus servicios, en los siguientes periodos:

- Año 2009: noviembre
- Año 2010: enero a mayo.
- Año 2011: enero a julio, septiembre, octubre y diciembre.
- Año 2012: enero a octubre y diciembre.
- Año 2013: enero a diciembre.
- Año 2014: enero a diciembre.
- Año 2015: enero a agosto y octubre.
- Año 2016: enero a mayo y julio a diciembre.
- Año 2017: enero y febrero.

Se recibió además, testimonio del señor Andrés Fernando Chavarro González, en el cual, se indicó, que la señora Eliana Cifuentes ingresó al hospital Francisco de Paula Santander aproximadamente en el año 2009 y desempeñó el cargo de auxiliar de enfermería en el área de cirugía. Vinculada inicialmente en forma directa por la E.S.E., pero posteriormente, por cooperativas y empresas temporales.

De acuerdo con los anteriores medios de prueba, se acredita que la señora Eliana Cifuentes Trujillo laboró como Auxiliar de enfermería en el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., en los siguientes periodos:

- Noviembre de 2009.
- Enero a junio de 2010
- Enero a julio y 15 de agosto a 31 de diciembre de 2011.
- Enero a diciembre de 2012.
- Enero a diciembre de 2013.
- Enero a diciembre de 2014.
- Enero a diciembre de 2015.
- Enero a diciembre de 2016.
- Enero y febrero de 2017.

Hay que resaltar, que, aunque no existen los contratos de prestación de servicios para el mes de noviembre de 2009, enero a abril de 2010, enero a diciembre de 2014 y enero a julio de 2015, se encuentra el cuadro de turnos realizado por el Hospital Francisco de Paula Santander, por lo cual, se considera, prestó el servicio en dichos periodos.

Así las cosas, procede el Despacho a analizar la declaración del señor Andrés Fernando Chavarro González, teniendo en cuenta que trabajó en la misma ESE e interactuaba con la señora Cifuentes Trujillo, asimismo, se hará la revisión del testimonio en conjunto con los otros medios de prueba allegados al proceso, y se realizará el estudio de los 3 requisitos para la existencia de una relación laboral, como se indica a continuación.

- En cuanto a la prestación personal de la labor:

Se evidencia con la declaración del testigo que el servicio por parte de la señora Eliana Cifuentes Trujillo se prestaba de manera personal y presencial, puesto que debía cumplir los turnos asignados por el superior inmediato de los auxiliares de enfermería, que, en el caso del área de cirugía, era el coordinador o jefe de cirugía. En el periodo que laboró la accionante, eran los jefes: Absalón Vega, Jhon Chicangana o el jefe Carlos Andrés.

Y ello coincide con el oficio emanado del gerente de la E.S.E., del mes de mayo de 2010, donde se le indicó a la señora Cifuentes Trujillo que el supervisor del contrato nro. 548-2010, sería el señor Absalón Vega.

Asimismo, se informó por el testigo, que, en caso de no poder cumplir con el turno, debía informar a tal coordinador, a efectos de buscar su reemplazo, es decir, no podía de manera autónoma ausentarse de su lugar de trabajo, por cuanto, debido a las funciones que

desarrolló, era indispensable la presencia de alguna auxiliar de enfermería cubriendo su ausencia.

En los contratos celebrados con el Hospital Francisco de Paula Santander, se señaló en la cláusula quinta: *“CESIÓN. El presente contrato es intuito persone y en consecuencia no podrá cederse sin previa autorización de la entidad contratante”*, con lo cual, se evidencia, la prestación personal del servicio.

- Sobre la remuneración:

Para este despacho, se encuentra debidamente acreditado con los contratos y certificaciones allegados al expediente, que el Hospital Francisco de Paula Santander, en los periodos que fue vinculada la accionante, de manera directa, canceló el valor de su salario.

En el periodo que fue vinculada al hospital, a través de otras entidades, señaló el testigo, que eran dichas entidades quien cancelaba el valor de su salario, por medio de consignación.

- Respecto del requisito de subordinación:

En cuanto al elemento subordinación, se extrae que la señora Eliana Cifuentes Trujillo no tenía independencia en el ejercicio de sus labores, pues debido a la naturaleza de su perfil, debía atender las instrucciones de otro personal, resaltando, en este momento, las cláusulas pactadas en el contrato, puesto que señala que se compromete, entre otros aspectos, a:

*“... 2. Prestar los servicios con la mayor idoneidad, en las instalaciones de la entidad contratante, conforme a las programaciones acordadas con la enfermera (o) jefe.
(...)
4. Conocer y cumplir las leyes, reglamentos y condiciones preestablecidas, en procura de obtener la mayor eficiencia y eficacia en el servicio. (...)”*

Además de lo señalado, como expuso el señor Andrés Fernando Chavarro en su testimonio, debían acatar órdenes de su jefe inmediato, es decir, el coordinador del área de cirugía, asimismo, de acuerdo con las funciones que desarrollaba en dicha área, debía recibir instrucciones del anestesiólogo, cirujanos, especialistas y enfermeros jefes para la atención de los pacientes, aplicación de medicamentos, entre otras funciones, que no podía desarrollar autónomamente.

Igualmente, que la señora Cifuentes Trujillo no escogía el lugar de prestación del servicio, sino que se encontraba asignada al área de cirugía del Hospital Francisco de Paula Santander, y era el coordinador del área de cirugía quien señalaba los turnos diarios, que eran de obligatorio cumplimiento, por parte de los auxiliares.

Asimismo, en los contratos de prestación de servicios, se señaló que la interventoría del contrato la desarrollaría el coordinador de cirugía, encargado de la verificación de las funciones encomendadas.

Encontramos, además, que en el contrato celebrado entre la señora Cifuentes Trujillo y Astemporales S.A.S., se establecieron entre otras, las siguientes cláusulas:

“SÉPTIMA: OBLIGACIONES ESPECIALES: además de las obligaciones consagradas en las normas que regulan el presente contrato, el reglamento interno de trabajo, circulares e instructivos de la empresa, EL TRABAJADOR EN MISIÓN se compromete a cumplir con las siguientes obligaciones especiales: 1. Prestar el servicio antes mencionado personalmente en la ciudad de Santander. 2. Asistir a todos los cursos para los cuales haya sido asignado por la empresa y a las reuniones programadas por esta. 3. Devolver en forma inmediata, a la terminación del contrato de trabajo todos los elementos utilizados en sus labores o elemento de propiedad de la empresa usuaria que se encuentre en su poder o bajo su responsabilidad. 4. Procurar el cumplimiento de los programas, planes, procedimientos y actividades relacionadas con la ejecución de los proyectos que se implementen en la empresa usuaria como Aseguramiento de la calidad, Administración del recurso Humano, Salud ocupacional, seguridad industrial y demás actividades de tipo organizacional. 5. Las demás que le sean asignadas de

conformidad con los reglamentos, órdenes e instrucciones que imparta EL EMPLEADOR”.

Como bien se colige de la jurisprudencia *ut supra* el contrato a través de las empresas temporales es una modalidad excepcional de vinculación con las Empresas Sociales del Estado, y halla justificación constitucional en la medida que sea un instrumento para realizar funciones o actividades ocasionales, las cuales han precisado las Altas Cortes, 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 también, de acuerdo con el marco jurídico al cual hemos hecho referencia, la contratación a través de las empresas de servicios temporales está permitida, siempre que no sea utilizada de manera permanente por parte de la entidad usuaria, puesto que, en estos casos se estaría encubriendo una verdadera relación laboral, considerando que la función que desarrolla el empleado en misión, se convierte en permanente y necesaria para el desarrollo de sus funciones y objeto.

Aunado a lo anterior, se destaca lo dispuesto de manera pacífica por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en tanto se debe presumir en los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades públicas como una E.S.E. y auxiliares de enfermería, el presupuesto de subordinación y dependencia, el cual, requiere ser desvirtuado por la parte accionada.

Es necesario en este momento, destacar que, con base en las pruebas debidamente practicadas, las funciones que desempeñaba la demandante no eran de carácter ocasional, sino que se encontraban relacionadas con la misión de la Empresa Social del Estado, y ello, es corroborado, por el contenido mismo de los contratos allegados al proceso, que dan cuenta de la necesidad de vincular trabajadores debido a la necesidad del servicio y la insuficiencia del personal de planta, esto señalan los mencionados contratos:

"a) El hospital requiere para su normal desarrollo de la realización de las actividades que hoy se contratan encaminadas al cumplimiento de su objeto social.

b) El hospital necesita contratar talento humano para que realice actividades propias de sus competencias laborales, porque no cuenta con personal en la planta, o el que existe es insuficiente para satisfacer la necesidad frente a la capacidad instalada y la demanda del servicio”.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que, la demandante, a pesar de haber estado vinculada en algunos periodos a través de contrato con la empresa ASTEMPORALES SAS, realmente tenía una relación laboral que implicó la prestación directa del servicio, la continuada subordinación laboral con el hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., y aunque la remuneración como contraprestación del mismo no fue cancelada directamente por la Empresa Social del Estado, la misma se realizó a través de la mencionada institución de manera ininterrumpida en todo el periodo de vinculación, y si bien el horario de trabajo no es un elemento esencial de la relación laboral, también fue un requisito que debió cumplir la entonces contratista, a través del sistema de turnos impuesta por la empresa social del estado.

Así pues, las labores desarrolladas por la demandante revisten de carácter presencial, permanente y hacen parte del servicio misional de la Empresa Social del Estado, para lo cual debió crear los cargos necesarios y así garantizar tanto el servicio asistencial desarrollado por la señora Eliana Cifuentes Trujillo, como una relación legal y reglamentaria.

De modo que, las actividades que realizó la señora Cifuentes Trujillo como auxiliar de enfermería en el área de cirugía se consideran funciones de carácter permanente y no ocasional, bajo las órdenes de médicos, especialistas, coordinador del programa de cirugía; cumplimiento de funciones que supeditaban la contraprestación pactada.

En consonancia con lo acreditado en el acervo probatorio, se considera, se logró acreditar la existencia de un contrato laboral, enmascarado en la figura de un contrato de prestación de servicios entre el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. y la señora Eliana Cifuentes Trujillo, y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral consagrado en el artículo 53 de la carta constitucional, resulta necesaria la protección especial del Estado.

Por lo tanto, se itera, dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, se establece que existió una verdadera relación laboral, por cuanto se demostró la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada. Sin embargo, lo anterior no conlleva reconocerle el estatus de empleada pública a la demandante, teniendo en cuenta que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal, así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren, expediente 73001-2331-000-2008-00081- 1(1618-09).

A manera de colofón, se declarará la nulidad del oficio nro. HFPS-GG-JURIDICA 57 de 31 de mayo de 2018, y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E., que realice el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la accionante tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios y los contratos a través de empresa temporal Astemporales S.A.S., para los siguientes periodos:

- Enero a julio y 16 de agosto a 31 de diciembre de 2011.
- Enero a diciembre de 2012.
- Enero a diciembre de 2013.
- Enero a diciembre de 2014.
- Enero a diciembre de 2015.
- Enero a diciembre de 2016.
- Enero y febrero de 2017.

Hay que resaltar, que, aunque no obran los contratos de prestación de servicios para los meses de enero a diciembre de 2014 y enero a julio de 2015, se encuentran los turnos que cumplió la accionante en el Hospital Francisco de Paula Santander, y, por tanto, se tendrán en cuenta dichos periodos para el reconocimiento de las acreencias, de acuerdo con lo señalado al inicio del presente capítulo, relacionado con la valoración integral de las pruebas.

Asimismo, deberá tomar el ingreso base de cotización de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Eliana Cifuentes Trujillo y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solamente en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en el caso que no las hubiese hecho o existiese diferencia, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

En cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria, pretensión de la demanda, no se accederá en razón a que esta sentencia es constitutiva de derechos y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario, por lo cual, no hay lugar a declarar el incumplimiento que sería la fuente de la sanción. Así lo ha señalado de manera reiterada el Consejo de Estado:

"Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría

reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”¹⁵

➤ De la prescripción.

Respecto de 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, el Consejo de Estado ha dicho¹⁶:

“La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público.” El artículo 102, prescribe:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

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

En el caso de autos, se señaló en la demanda que la señora Eliana Cifuentes Trujillo se vinculó al hospital Francisco de Paula Santander, a partir del año 2009, sin embargo, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, se acreditó la prestación del servicio, en los periodos noviembre de 2009 y enero a junio de 2010, presentándose una interrupción de más de 30 días, puesto que se acreditó nuevamente, otra vinculación laboral, a partir del mes de enero de 2011 a 28 de febrero de 2017, aunque entre julio y agosto de 2011 se presentó una interrupción, de acuerdo con los medios de prueba arrimados al proceso, dicha interrupción solo fue de 15 días, por lo tanto, se considera no hubo solución de continuidad.

Comoquiera que la reclamación laboral se presentó el 30 de enero de 2018, se considera que los periodos anteriores al mes de enero de 2011, en virtud de la interrupción presentada, están prescritos, máxime si se tiene en cuenta que la demanda fue presentada el 10 de diciembre de 2018, por tanto, así se declarará.

Con base en lo anterior, para los periodos noviembre de 2009 y enero a junio de 2010, únicamente se reconocerá el valor adeudado por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

3.- COSTAS.

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

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia de 6 de octubre de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación Interna: 3308-13

¹⁶ Sentencia de 9 de abril de 2014, M.P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Expediente:(0131-13), Actor: ROSALBA JIMENEZ PEREZ.

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.- RENUNCIA PODER

Mediante oficio presentado el 17 de octubre de 2022, el abogado MIGUEL ANTONIO MORENO RINCON, portador de la T.P. nro. 248.484 del C. S. de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado sustituto del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. presentó renuncia al poder de sustitución otorgado por el abogado CRISTIAN JOHAN ALOMIA RIASCOS, portador de la T.P. nro. 227.213, apoderado principal de la Empresa Social del Estado.

El artículo 76 del Código General del Proceso, establece:

"ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.

(...)

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido." (Subrayas del despacho).

Teniendo en cuenta que se cumplió con la comunicación al apoderado principal y al correo electrónico de la entidad, sobre la mencionada renuncia, es procedente aceptar el mandato otorgado al abogado Miguel Antonio Moreno Rincón.

5.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de pago de lo no debido, formulada por la defensa técnica del Hospital Francisco de Paula Santander, según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la defensa técnica del Hospital Francisco de Paula Santander, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del oficio nro. HFPS-GG-JURIDICA 57 de 31 de mayo de 2018, que negó a la señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO, identificada con C.C. nro. 1.061.431.860 de Caloto, el reconocimiento de una vinculación laboral, por las razones expuestas.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho:

- CONDENAR al HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E., a tomar el ingreso base de cotización de la señora Eliana Cifuentes Trujillo, 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 noviembre de 2009 y enero a junio de 2010.

- CONDENAR al HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER E.S.E., a realizar el pago de aportes a pensión y las prestaciones sociales dejadas de percibir por la señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO, tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios celebrados para el periodo laborado comprendido entre el mes de enero a julio de 2011, 16 de agosto a 31 de diciembre de 2011, enero a diciembre de 2012, enero a

diciembre de 2013, enero a diciembre de 2014, enero a diciembre de 2015, enero a diciembre de 2016 y enero y febrero de 2017.

La señora ELIANA CIFUENTES TRUJILLO 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 la demandante con la E.S.E. HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, descrito en este numeral, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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: Aceptar la renuncia de poder presentada por el abogado MIGUEL ANTONIO MORENO RINCON, portador de la T.P. nro. 248.484 del C. S. de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado sustituto del Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E., por lo expuesto.

NOVENO: 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.

Para tal efecto, se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; willianpatinoq@gmail.com; procesosjudiciales@hfps-eje.gov.co; gerencia@hfps-eje.gov.co; cj_alomia@hotmail.com; miguelmm.movilidad@gmail.com;

En firme esta providencia entréguese copia de la misma con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso, y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERLY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

Zulderly 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: **c4498ed86e9845718490c76171f02763fdd1aae0847ac93c852fdb29685e8ad**

Documento generado en 31/10/2022 04:05:41 PM

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