



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, veintiséis (26) de marzo de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00255-00  
Demandante: MARCO AURELIO CERÓN  
Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUROCCIDENTE E.S.E.  
M. de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### **SENTENCIA núm. 061**

#### 1.- ANTECEDENTES.

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

El señor MARCO AURELIO CERON, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUROCCIDENTE E.S.E., tendiente a obtener la nulidad del Oficio nro. 1400 de 18 de abril de 2016, expedido por dicha entidad.

A título de restablecimiento del derecho solicita el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias a las cuales considera tener derecho el señor Marco Aurelio Cerón, teniendo en cuenta los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios; el pago de cesantías y sanción moratoria, el pago de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones teniendo como base el salario que devenga el personal de planta que desarrolla las mismas funciones. Se condene al pago de indemnización por despido sin justa causa, así como todo trabajo dominical y festivo, horas extras, recargos diurnos, nocturnos, causados en vigencia de la relación laboral.

Como supuestos fácticos, se plantea en la demanda, que el señor Marco Aurelio Cerón laboró al servicio de la E.S.E. Suroccidente desde el 1.º de noviembre de 1999 al 31 de diciembre de 2015, desempeñando las funciones de celador o portero y como facturador, aclarando que antes del año 2007 la mencionada E.S.E. recibía el nombre de hospital Nivel I de Florencia, adscrito a la Dirección Territorial de Salud del departamento del Cauca, y que su vinculación fue realizada tanto de manera directa por la institución como a través de las figuras de tercerización, como el caso de las cooperativas de trabajo asociado.

Refiere que si bien, se vinculó a la entidad a través de contratos de prestación de servicios, debía cumplir horario impuesto por su superior, debía cumplir órdenes y funciones impuestas por el gerente de las E.S.E. o la persona designada por él y en el lugar establecido por la entidad. Que en ocasiones cumplía turnos de 24 horas, descansando un día y volviendo a laborar un turno de 24 horas, es decir, laborando horas extras, diurnas y nocturnas. Asimismo, que su remuneración era cancelada en un periodo por el hospital directamente y a través de cooperativas de trabajo asociado.

De acuerdo con ello, señaló que se configuraron los elementos propios de una relación laboral, esto es, la subordinación, cumplimiento de horario y percibir una remuneración, sin embargo, debido a la forma de vinculación no se le cancelaron las prestaciones a las cuales tenía derecho, no disfrutó de vacaciones, no se realizaron cotizaciones al sistema de seguridad social, ni pago a las cajas de compensación. Que a partir del año 2014 le cancelaron las prestaciones y vacaciones.

Que no le fueron renovados los contratos, sin establecerse razón alguna, puesto que cumplió a cabalidad sus funciones y no dio motivo para su desvinculación.

Se citan como normas vulnerados los artículos 6, 13, 25, 29, 53, 83 y 288. Y de orden legal, los artículos 1, 2, 4 y 11 de la Ley 79 de 1988, Decreto 4588 de 2006, Decreto 2417 de 2007, artículos 1, 2 y 3 de la Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, Ley 6 de 1945, Ley 42 de 1975, Decretos 1045 de 1978, 1848 de 1969, 3135 de 1968, 3148 de 1968, 1160 de 1947 y Ley 80 de 1993; así como pautas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

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

En los alegatos de conclusión, se sostuvo el apoderado de la parte accionante en las pretensiones de la demanda, afirmando que se configuró el contrato laboral, pues se acreditaron los elementos esenciales de tal contrato, insistiendo que la prestación del servicio se dio desde el año 1999. Señala que la apoderada de la empresa social del estado falta a la verdad cuando afirma que no se presentó relación entre el señor Marco Aurelio Cerón y la entidad con anterioridad al año 2013, pues con base en la prueba testimonial y documental se acreditó con suficiencia ello, ya sea la vinculación de manera directa, o a través de empresas de trabajo asociado, constituidas muchas veces por voluntad de los gerentes de las entidades en las cuales se va a prestar el servicio.

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

#### 1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E.

En tiempo oportuno la apoderada de la entidad contestó la demanda, oponiéndose a los hechos y pretensiones de la misma, considerando que su representada dio estricto cumplimiento a las normas laborales vigentes, relacionadas con el pago de los derechos que legalmente le corresponde al demandante por concepto de contrato de trabajo que tuvo vigente con la entidad.

Señala que la relación que existió entre la empresa y el señor Marco Aurelio Cerón inició a partir del año 2013, manifestando que no existe prueba que hubiera iniciado con anterioridad. Aclara, además, que la ESE Suroccidente para el año 1999 no estaba creada, puesto que nació a la vida jurídica a partir del 9 de abril de 2007, por lo cual, se encuentra desligada de las funciones del hospital Nivel I de Florencia.

Manifiesta que en el año 2007 cuando fue liquidada la dirección departamental de salud del Cauca fueron desvinculados todos los empleados y les fueron canceladas las prestaciones correspondientes, sin que pueda considerarse una sustitución patronal o de empresa.

Refiere que entre el año 2007 y 2013 el señor Marco Aurelio se encontraba vinculado a empresas privadas, pero en ese periodo no tuvo relación alguna con la E.S.E. Suroccidente, la entidad contrataba con estas entidades para el suministro de personal para desarrollar precisas labores, por tanto, el actor era un trabajador en misión, cumpliendo las reglas establecidas por las empresas privadas a las cuales estuvo vinculado, sin que pueda señalarse, como erradamente lo refiere la parte accionante que no deba cumplir horario, resaltando que la parte actora confunde contrato laboral con contrato de prestación de servicios, siendo este último el utilizado en el caso del demandante y debe regirse por el Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso las excepciones que denominó: "Inexistencia de la obligación a cargo de la ESE Suroccidente", "Prescripción" y la excepción genérica o innominada.

En la etapa de alegatos, reiteró los argumentos de defensa planteados al contestar la demanda. Asimismo, hizo referencia a la figura de la prescripción, para considerar que debió solicitar sus derechos en el término de 3 años contados a partir desde que se hicieron exigibles, máxime si se tiene en cuenta que eran contratos a término definido.

### 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 19 de abril de 2016 a 19 de agosto de 2016, considerando que el Oficio nro. 1400 de 18 de abril de 2016 fue recibido el mismo día de su expedición, al no contarse con constancia al respecto; siendo que la demanda se presentó el 2 de agosto de 2016, se tiene que no ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Ahora bien, debe resaltarse además, que, respecto de los aportes a la seguridad social en pensiones, el Consejo de Estado<sup>1</sup> 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.- Problemas jurídicos.

Corresponde determinar si hay lugar a declarar la nulidad del Oficio nro. 1400 de 18 de abril de 2016, y, en consecuencia, si es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el señor Marco Aurelio Cerón y la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E., así como el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar durante la prestación del servicio a la Institución Prestadora de Salud.

Igualmente, en caso de ser procedente, se absolverá:

¿Los contratos celebrados entre las cooperativas de trabajo asociado y el señor Marco Aurelio Cerón escondieron una verdadera relación laboral entre éste y la empresa social del estado?

### 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 Marco Aurelio Cerón y la Empresa Social del Estado Suroccidente 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

---

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

de trabajo, b). El principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, c). Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado, d). La prohibición de la intermediación laboral, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

#### 2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

#### ✚ La vinculación del señor Marco Aurelio Cerón con la Empresa Social del Estado ESE SUROCCIDENTE y/o Cooperativas de Trabajo Asociado:

- ❖ Obra copia de contrato de prestación de servicios, celebrado entre el señor Marco Aurelio Cerón y la empresa Asociativa de Trabajo Actuar Soluciones, de 23 de marzo de 2007, para prestar el servicio de portero, en el periodo 24 de marzo a 23 de abril de 2007, en el hospital Nivel I de Florencia, valor del contrato \$ 602.615.
- ❖ Obra certificación expedida por el representante legal de la Cooperativa para el Mejoramiento Vital "COOMA CTA" de 5 de febrero de 2009, en la cual se señala que el señor Marco Aurelio laboró para esa cooperativa, desempeñando la labor de portero en la E.S.E. Suroccidente, sede municipio de Florencia, Cauca, desde el 1. ° de junio de 2007 hasta el 5 de febrero de 2009, devengando un salario mensual de \$ 496.900.

#### ✚ La vinculación del señor Marco Aurelio Cerón y el Hospital Nivel I de Florencia:

- ❖ Reposo certificado de disponibilidad presupuestal de 24 de febrero de 2007, por valor de \$ 300.000, para la ejecución por parte del señor Marco Aurelio Cerón de las labores de vigilancia y portería, en el periodo 1. ° a 15 de marzo de 2007, en la Unidad Nivel I de Florencia.
- ❖ Mediante Acta de Iniciación de 1. ° de marzo de 2007, se dio inicio al contrato nro. 044, para prestar servicios de vigilancia por el señor Marco Aurelio Cerón, en el periodo 1° a 15 de marzo de 2007.
- ❖ Obra póliza y resolución nro. 084 de 3 de marzo de 2007, mediante la cual se aprueba la póliza para la prestación de los servicios en la Unidad Nivel I de Florencia, en el periodo 1° a 15 de marzo de 2007.
- ❖ Obra orden de prestación de servicios nro. 044 de 1. ° de marzo de 2007, suscrito entre el señor Marco Aurelio Cerón y la Unidad Nivel I de Florencia, para prestar los servicios de vigilancia desde el 1. ° al 15 de marzo de 2007.
- ❖ Reposo certificado de disponibilidad presupuestal nro. 106 de 12 de marzo de 2007, para cubrir adición a orden de prestación de servicios para el periodo 16 al 23 de marzo de 2007.
- ❖ Obra copia de orden adicional nro. 01 a la orden de prestación de servicios nro. 044 del 1. ° de marzo de 2007, para la prestación de los servicios de vigilancia desde el 16 al 23 de marzo de 2007.
- ❖ Mediante Resolución nro. 154 de 26 de marzo de 2007 el director de la Unidad Nivel I de Florencia ordenó reconocer y ordenar el pago al señor Marco Aurelio Cerón, del valor de \$ 460.000, por concepto de orden de prestación de servicios 044 de 1. ° de marzo de 2007 y la adición al mismo.
- ❖ Obra certificación de 24 de marzo de 2007, mediante el cual, el director de la Unidad Nivel I de Florencia señaló que el señor Marco Aurelio Cerón laboró para la institución hospitalaria entre el 1. ° y el 23 de marzo de 2007.

#### ✚ Del vínculo contractual del señor Marco Aurelio Cerón con la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E.

- ❖ Se allegó copia de los siguientes contratos celebrados por el señor Marco Aurelio Cerón con la empresa Suroccidente E.S.E.

nro. contrato	Periodo	Duración	Labor	Horario	Salario
477 de 1. ° de octubre de 2011	1. °/10/2011 a 31/12/2011	3 meses	Portero		\$2.880.000
206 de 1. ° de marzo de 2013	1. °/03/2013 a 31/12/2013	10 meses	Portero	8 horas	\$589.500
167 de 1. ° de enero de 2014	1. °/01/2014 a 31/12/2014	12 meses	Portero	1 año	\$616.500
153 de 1. ° de enero de 2015	1. °/01/2015 a 31/12/2015	12 meses	Portero	1 año	\$645.000

- ❖ Obra certificación expedida el 18 de enero de 2016, por parte del Área de Talento Humano de la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E., en la cual se señaló:

*"Que MARCO AURELIO CERON identificado con el documento Cédula de Ciudadanía número 4709168, laboró en la Empresa Social del Estado Suroccidente ESE, en el punto de atención Florencia como auxiliar de servicios generales de portería desde el día 1 de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015, con una asignación mensual de SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$645.000,00), que su tipo de vinculación con la Empresa fue mediante un contrato a término fijo, y que su retiro fue ocasionado por expiración del plazo pactado. (...)"*

- ❖ Obra oficios de 29 de noviembre de 2013 y 30 de noviembre de 2015, dirigido al señor Marco Aurelio Cerón, por parte del gerente de la E.S.E Suroccidente, mediante los cuales se informa que los contratos pactados finalizarían el 31 de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, respectivamente.
- ❖ Obra oficio de 2 de diciembre de 2013, dirigido al señor Marco Aurelio Cerón por parte del gerente de la E.S.E. Suroccidente, en el cual se señala la intención de contratarlo para el desarrollo de sus funciones en el año 2014.
- ❖ Obra certificación expedida por el área de Talento Humano de la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E., en la cual se lee:

*"Que el señor MARCO AURELIO CERON identificado con el documento Cédula de Ciudadanía número 4709168 de Florencia Cauca, laboró en nuestra empresa desde el día 1° de marzo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013 bajo el contrato No. 206/13; desde el día 01 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014 bajo el contrato No. 167/2014; y desde el día 01 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015 bajo el contrato No. 153/2015.*

*Que su último cargo desempeñado fue el de AUXILIAR DE PORTERIA, con una asignación mensual de SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$645.000), y que su tipo de vinculación con nuestra Empresa fue mediante contratos a Término fijo prestando sus servicios en el área de VIGILANCIA Y ASEO del PUNTO DE ATENCIÓN FLORENCIA.*

*Que su retiro se efectuó el 31 de Diciembre (sic) de 2015 y fue motivado por culminación del tiempo pactado en el contrato. (...)"*

- ✚ Contratos celebrados entre la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. y Cooperativas de Trabajo Asociado y sindicatos para la prestación de servicios de trabajadores en la E.S.E. Suroccidente:

- ❖ Se allegó por parte de la E.S.E. copia de los siguientes contratos de prestación de servicios, celebrados con la Cooperativa de Trabajo Asociado PREVIMED, que se relacionan a continuación.
  - Contrato nro. 131 de 1. ° de noviembre de 2008, para la prestación de servicios por parte de la cooperativa de Trabajo Asociado PREVIMED, a través de sus asociados, en la jurisdicción de la Empresa Social del Estado.

- Contrato de prestación de servicios celebrado entre la E.S.E. Suroccidente y la Cooperativa de Trabajo Asociado PREVIMED, del 1.º de enero de 2011, para la prestación de diferentes servicios, en la Unidad de I Nivel, incluido el municipio de Florencia, por el término de 3 meses. Se realizaron 3 modificaciones a dicho contrato.
  - Adicional al contrato principal nro. 03 de 2011 adicionando un mes al plazo inicialmente contratado.
  - Contrato de prestación de servicios nro. 06 de 2011 celebrado el 1.º de mayo de 2011, para desarrollar actividades en las unidades de primer nivel, incluido el municipio de Florencia, por el término de un mes.
- ❖ Contratos sindicales de prestación de servicios asistenciales, profesionales, técnicos, auxiliares, de apoyo y los conexos, celebrado entre la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. y el Sindicato Unión de Trabajadores Sindicalizados de la Salud UNISALUT:
- Nro. 05 de 2012, por el término de 3 meses, contado a partir del 1.º de agosto de 2012.
  - Nro. 08 de 2012, por el término de 3 meses, a partir del 1.º de octubre de 2012.
  - Nro. 09 de 2012, por el término de 1 mes, contado a partir del 2 de abril de 2012.
  - Nro. 368 de 2012, por el término de 1 mes, contado a partir del 2 de abril de 2012.
  - Nro. 09 de 1.º de noviembre de 2012, por el término de 2 meses, a partir del 1.º de noviembre de 2012.
- 🚦 De las cotizaciones para pensión realizadas por el señor Marco Aurelio Cerón.
- ❖ Obra documento denominado informe histórico de pagos por empleado, con el cual se acredita que el señor Marco Aurelio Cerón realizó cotización al sistema de seguridad social, en los periodos que a continuación se relacionan:
- De marzo a diciembre de 2013.
  - De enero a diciembre de 2014.
  - De enero a diciembre de 2015.
- ❖ Reposición historia laboral consolidada, régimen de ahorro individual, del Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir, documento del cual se extrae que el señor Marco Aurelio Cerón, realizó cotizaciones, de la siguiente manera:
- Para la Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud del Sur, en los periodos octubre a diciembre de 2002, enero a diciembre de 2003, enero a noviembre de 2004; septiembre a diciembre de 2006; enero de 2007.
  - Para la cooperativa Fortaleza Cooperativa de Trabajo Asociado en el periodo febrero a marzo de 2005, septiembre de 2005.
  - Para la Cooperativa de Trabajo Asociado del Sector Salud del Cauca en el periodo julio a septiembre de 2005; diciembre de 2005; febrero a junio de 2006.
  - Cooperativa de Trabajo Asociado LAZCS en mayo de 2007.
  - Para la Cooperativa de Trabajo Asociado para el mejoramiento Vital en el periodo junio de 2007 a diciembre de 2007; enero y febrero de 2008; abril a diciembre de 2008; enero a diciembre de 2009; enero a diciembre de 2010; enero a agosto de 2011.

- Para la Cooperativa de Trabajadores Sindicalizados de la Salud Unisalut, en el periodo junio a diciembre de 2012; enero y febrero de 2013.
- A la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. en el periodo marzo de 2013 a septiembre de 2014.

✚ De los pagos realizados al demandante por parte de la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E.:

- ❖ Reposo documento expedido por el sistema integrado de información administrativa, financiera y asistencial de la E.S.E Suroccidente, en el cual se realiza resumen de histórico de pagos realizados al señor Marco Aurelio Cerón, en el periodo marzo de 2013 a diciembre de 2015, como el caso del salario, auxilio de transporte, recargo hora dominical o festiva nocturna, horas extras diurnas ordinarias, recargo hora nocturna, prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías; así como las deducciones para el sistema de seguridad social y parafiscales, en el mismo periodo.
- ❖ Obran desprendibles de pago para los meses julio, noviembre y diciembre de 2014 en la cual se evidencia el pago de salario, recargo hora dominical o festiva nocturna, recargo hora dominical o festiva diurna, recargo hora ordinaria nocturna y auxilio de transporte, así como los descuentos para el sistema de seguridad social.

✚ De las funciones y turnos asignados al señor Marco Aurelio Cerón.

- ❖ Obra oficio de 4 de diciembre de 2012, suscrito por el coordinador Punto de Atención Florencia y la Auxiliar Administrativa, dirigido a los porteros de dicho punto de atención, en el cual se señalan las siguientes funciones:
  - a) *Control permanente y cierre de puertas de las instalaciones del punto de atención especialmente en cuarto de lavandería y oficina PIC.*
  - b) *No deben entregar las llaves a personal ajeno al proceso de servicios generales.*
  - c) *Información oportuna a los pacientes de urgencias, observación y hospitalización.*
  - d) *Participación de los procesos de atención de los pacientes cuando el servicio o (Sic) amerite.*
  - e) *El uso del celular solo será para las remisiones que lo ameriten de lo contrario está disponible el teléfono fijo y prohibido el préstamo del celular a los empleados para llamadas personales.*
  - f) *Al terminar la jornada deben reportar los minutos que se gastaron en el día a la auxiliar administrativa quien llevará el libro de registro.*
  - g) *La entrega de turno constara de la entrega de minutos, gasolina y completo el dinero para los peajes, elementos de portería, llaves, celular y cargador, ambulancia.*
  - h) *Deben llevar el registro de remisiones con su respectiva fecha y horario y además deben anexar copia de remisiones.*
  - i) *Deben usar el chaleco de la ESE SUROCCIDENTE todos los días.*
  - j) *Todo permiso o ausencia mayor de 24 horas de su puesto de trabajo debe ser informado al sindicato en la cual pertenece.*
  - k) *Al terminar la jornada deben revisar los equipos y compresores deben estar apagados y las oficinas cerradas.*
  - l) *Después de cada salida de remisión tener listo la poma de 18 gl para tanqueo de la ambulancia.*
  - m) *Todas aquellas actividades requeridas en pro de beneficiar la atención de los pacientes y los procesos administrativos de la ESE Suroccidente – Punto de Atención Florencia”.*
- ❖ Obra cuadro de turnos de portería, de 24 horas diarias, cumplidos por el señor Marco Aurelio Cerón, para los siguientes periodos:
  - Marzo a mayo de 2013.
  - Enero a abril de 2014.
  - Octubre a diciembre de 2014.
  - Febrero, mayo, junio, julio, agosto, octubre y diciembre de 2015.

Del procedimiento administrativo adelantado por el señor Marco Aurelio Cerón para el reconocimiento de sus derechos laborales.

- ❖ Reposa petición presentada por medio de apoderado judicial, ante la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E y la gobernación del departamento de Cauca, los días 26 y 28 de marzo de 2016, respectivamente, mediante la cual solicita el pago de las prestaciones sociales en el periodo 1. ° de noviembre de 1999 al 31 de diciembre de 2015.
- ❖ Obra oficio de 4 de abril de 2016, suscrito por el secretario de Salud del Cauca, dirigido a la gerente de Suroccidente E.S.E., mediante el cual se remite por competencia la petición presentada por el accionante.
- ❖ Mediante oficio 1400 de 18 de abril de 2016 la E.S.E. Suroccidente negó la solicitud del señor Marco Aurelio Cerón, referida al reconocimiento de prestaciones sociales.

Otros documentos.

- ❖ Obra copia del Acuerdo de Formalización Laboral suscrito entre la Empresa Social del Estado SUROCCIDENTE E.S.E. y la Dirección Territorial Cauca del Ministerio de Trabajo, celebrado el 31 de marzo de 2013.
- ❖ Reposa hoja de vida del señor Marco Aurelio Cerón.

Prueba testimonial.

- ❖ En audiencia de pruebas celebrada el 21 de enero de 2021 se recibieron los testimonios de JOSÉ MARÍA GAVIRIA, FABIO IVAN ORTEGA ORTEGA, PABLO SAMIR MAFLA MARTINEZ, EDUAR EFREN LOPEZ FERNANDEZ y ÁLVARO JESÚS BOLAÑOS MANTILLA.

Los señores Fabio Hernán Gaviria, Eduar López Fernández y Álvaro Jesús Bolaños Mantilla señalaron que conocen al señor Marco Aurelio Cerón de toda la vida, son oriundos de dicho municipio. Además, al igual que el señor José María Gaviria y Pablo Samir Mafla, informaron que fueron compañeros de trabajo, en diferentes épocas.

Fueron unánimes en señalar que el señor Marco Aurelio Cerón laboró para el Hospital Nivel I de Florencia y en la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. desempeñando funciones de portero-vigilante, y el señor Fabio Iván Ortega señaló que algunas veces desempeñaba funciones de facturador. Asimismo, que la dotación para la prestación de los servicios era entregada por la entidad en la cual se desempeñaba, es decir, en el Punto de Atención Nivel I del municipio de Florencia.

Señalaron que inicialmente el actor laboró para el Hospital Nivel I de Florencia por contrato de prestación de servicios, posteriormente se vinculó al Hospital y a la E.S.E. Suroccidente a través de las cooperativas de trabajo asociado y sindicatos. 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 Marco Aurelio Cerón era el Coordinador del Centro de Atención de Florencia de turno y personal de dicha institución; el señor Pablo Samir Mafla refirió que él se desempeñó en un periodo como director de dicho punto y era quien daba las instrucciones al señor Marco Aurelio, a su vez, recibía instrucciones del gerente de la Empresa Social del Estado.

El señor José María Gaviria informó que el actor no disfrutó de vacaciones en el periodo que laboraron juntos, asimismo, que los recursos con los cuales se cancelaba el salario del señor Marco Aurelio Cerón eran recursos propios de la E.S.E.; que la permanencia en sus labores dependía de recomendaciones políticas de mandatarios de turno.

Los señores Fabio Iván Ortega y Álvaro Jesús Bolaños señalaron que el señor Marco Aurelio Cerón se vinculó aproximadamente en el año 1999, el señor Fabio Iván afirma que se retiró del Hospital en el año 2007, aproximadamente, cuando fueron creadas las empresas sociales del estado, pero el actor continuó sus labores.

El señor Pablo Samir Mafla señaló que los empleados vinculados por cooperativas o sindicatos no disfrutaban de vacaciones, pero cuando eran nombrados por nómina del Ministerio de Salud sí. Informó que indirectamente la afiliación a las cooperativas y sindicatos se hacía de manera voluntaria, pero ello se realizaba para que los contrataran, puesto que la entidad no contrataba personas naturales directamente.

Pablo Samir Mafla y Álvaro Jesús Bolaños indicaron que el señor Marco Aurelio Cerón era buen trabajador, responsable, cumplía sus funciones, atendía bien a la gente. Pablo Samir Mafla y Eduar López Fernández tienen conocimiento que, para la fecha de la audiencia de pruebas, el señor Marco Aurelio se encuentra vinculado nuevamente con la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E.

Los testigos señalaron que la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. inició labores en el año 2007 cuando se suprimieron los hospitales de nivel I y la Dirección Departamental de Salud.

#### 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"<sup>2</sup>. 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"<sup>3</sup>.*

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

*"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de*

<sup>2</sup> Sentencia T-616 de 2012.

<sup>3</sup> Sentencia C-1109 de 2005. Cfr. Sentencia T-616 de 2012

*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<sup>4</sup>.*

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

*"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.

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

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

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.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-171 de 2012, en el estudio de constitucionalidad del referido artículo de la Ley 1438 de 2011 analizó la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, para lo cual reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las

---

<sup>4</sup> Sentencia C-555 de 1994

<sup>5</sup> 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).

relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades.

De acuerdo con 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.

Por lo anterior, la Corte declaró parcialmente exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido que: (i) la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada; (ii) 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.

#### d). - La prohibición de la intermediación laboral.

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

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

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".*

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".*

### TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Se solicita en la demanda el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales causadas en los años 1999 a 2015, en virtud de la relación laboral sostenida entre el señor Marco Aurelio Cerón y la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.S.; además, reconocimiento de indemnización por despido injusto.

De la otra orilla, la defensa de la E.S.E. considera que la vinculación del señor MARCO AURELIO CERÓN no fue de naturaleza laboral, puntualizando que la prestación de los servicios, en calidad de portero, fueron requeridos a través de los contratos nro. 206 de 1. ° de marzo de 2013; 167 de 1. ° de enero de 2014; y 153 de 1. ° de enero de 2015, y se canceló todo emolumento correspondiente con base en dichos contratos. Que algunas vinculaciones anteriores se hicieron a través de sindicatos y cooperativas; asimismo, que la Empresa Social del Estado fue creada a partir del 9 de abril de 2007, y por ello, no es procedente el reconocimiento de valor alguno anterior a esa fecha.

En este escenario, este despacho abordará el estudio del caso de cara al marco jurídico traído en esta sentencia, y para ello, debe reiterarse la indispensable 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 de una posible relación laboral, lo que implica que no es posible realizar un estudio de los periodos

sobre los cuales estos no obren, de tal forma se hará el análisis estrictamente frente a los contratos debidamente aportados.

Tal exigencia se indicó en sentencia del Consejo de Estado 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:

*"(...) 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".*

En este momento, es necesario aclarar, que, mediante auto interlocutorio núm. 827 de 11 de agosto de 2016 se rechazó la demanda respecto de las pretensiones frente al departamento del Cauca, sin que la providencia hubiere sido objeto de reproche por parte del accionante; decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada, razón por la cual, en esta sentencia solamente se estudiarán las pretensiones frente a la Empresa Social del Estado SUROCCIDENTE E.S.E.

La Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. fue creada mediante Decreto nro. 0265 de 9 de abril de 2007, entrando en funcionamiento a partir del mismo día, razón por la cual, se realizará el estudio de los contratos existentes a partir de esa fecha.

Así las cosas, se encuentra probado que entre el señor MARCO AURELIO CERÓN y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUROCCIDENTE E.S.E. se suscribieron los siguientes contratos:

nro. contrato	Periodo	Duración	Labor	Horario	Salario
477 de 1.º de octubre de 2011	1.º /10/2011 a 31/12/2011	3 meses	Portero		\$ 2.880.000
206 de 1.º de marzo de 2013	1.º /03/2013 a 31/12/2013	10 meses	Portero	8 horas	\$ 589.500
167 de 1.º de enero de 2014	1.º /01/2014 a 31/12/2014	12 meses	Portero	1 año	\$ 616.500
153 de 1.º de enero de 2015	1.º /01/2015 a 31/12/2015	12 meses	Portero	1 año	\$ 645.000

El objeto contractual es coincidente en todos ellos: *"El empleador contrata los servicios personales, del trabajador MARCO AURELIO CERÓN para desempeñar las labores de PORTERO (...)"*.

De este modo, el marco de estudio de esta sentencia estará delimitado a los siguientes periodos: 1.º de octubre a 31 de diciembre de 2011, 1.º de marzo a 31 de diciembre de 2013, 1.º de enero a 31 de diciembre de 2014 y 1.º de enero a 31 de diciembre de 2015.

Si bien, encontramos que se allegó certificación expedida por el representante legal de la Cooperativa para el Mejoramiento Vital "COOMA CTA" de 5 de febrero de 2009, en la cual se señaló que el señor Marco Aurelio Cerón estuvo afiliado a dicha cooperativa y prestó los servicios de portero en la empresa social del estado en el periodo 1.º de junio de 2007 a 5 de febrero de 2009, no obra copia de los contratos celebrados entre la Empresa Social del Estado y la mencionada Cooperativa, así como tampoco entre la cooperativa y el señor Marco Aurelio Cerón que permita establecer el objeto, las funciones que desarrollaba, horarios y forma de pago.

En cuanto a los demás periodos reclamados, aun cuando se aportaron pruebas que señalaban la prestación de los servicios por parte del señor Marco Aurelio Cerón a favor de la Empresa Social del Estado como el caso de las declaraciones rendidas en audiencia de pruebas, no es posible establecer los periodos laborados, si hubo o no interrupción, por lo que no es posible inferir razonablemente el vínculo contractual, de manera que al respecto se denegarán las pretensiones de la demanda.

Ahora, como se señaló líneas arriba, el contrato de prestación de servicios es una modalidad excepcional de vinculación con el Estado y halla justificación constitucional en la medida que sea un instrumento para realizar funciones o actividades ocasionales, las cuales, como lo ha precisado la jurisprudencia, son aquellas que no hacen parte del giro ordinario de las labores propias de la entidad pública, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados. En todo caso, la vinculación del contratista en modo alguno puede revestir subordinación.

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

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

En primer lugar, comoquiera que está acreditada la existencia de los contratos de prestación de servicios que serán revisados en esta sentencia, con ellos y con los testimonios de los señores José María Gaviria, Fabio Iván Ortega, Pablo Samir Mafla, Eduar Efrén López Fernández y Álvaro Jesús Bolaños, quienes declararon que el actor había prestado sus servicios en la E.S.E Suroccidente, está probada la prestación personal del servicio del señor Marco Aurelio Cerón. Dichas declaraciones tienen respaldo, además, en las cotizaciones a pensión efectuadas por la empresa de salud.

Desprendiéndose de lo anterior, que, en el caso bajo análisis, aparecen acreditados: (i) la prestación personal del servicio por parte del señor MARCO AURELIO CERÓN, quien efectivamente brindó los servicios de PORTERO en el punto de atención de Florencia perteneciente a la E.S.E. Suroccidente y, (ii) una remuneración por el mismo, tal como se extrae de los 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 el punto de atención del municipio de Florencia, es decir, por parte del médico coordinador de turno, como el caso del señor Pablo Samir Mafla, quien se desempeñó en dicho cargo y afirmó que daba instrucciones al señor Marco Aurelio Cerón, a su vez recibidas por parte del gerente de la empresa social del estado.

Asimismo, los testigos afirmaron que la dotación y los elementos necesarios para la prestación de los servicios eran suministrados directamente por la E.S.E. encartada.

A partir de esas declaraciones y de los cuadros de turnos allegados, también se extrae que el señor MARCO AURELIO, además de cumplir con el objeto de su contrato de prestación de servicios, debía cumplir un horario de trabajo de 24 HORAS, en las cuales desarrollaba las labores señaladas por parte de funcionarios de la Empresa Social del Estado:

- a) *Control permanente y cierre de puertas de las instalaciones del punto de atención especialmente en cuarto de lavandería y oficina PIC.*
- b) *No deben entregar las llaves a personal ajeno al proceso de servicios generales.*
- c) *Información oportuna a los pacientes de urgencias, observación y hospitalización.*

- d) *Participación de los procesos de atención de los pacientes cuando el servicio o (Sic) amerite.*
- e) *El uso del celular solo será para las remisiones que lo ameriten de lo contrario está disponible el teléfono fijo y prohibido el préstamo del celular a los empleados para llamadas personales.*
- f) *Al terminar la jornada deben reportar los minutos que se gastaron en el día a la auxiliar administrativa quien llevará el libro de registro.*
- g) *La entrega de turno constará de la entrega de minutos, gasolina y completo el dinero para los peajes, elementos de portería, llaves, celular y cargador, ambulancia.*
- h) *Deben llevar el registro de remisiones con su respectiva fecha y horario y además deben anexar copia de remisiones.*
- i) *Deben usar el chaleco de la ESE SUROCCIDENTE todos los días.*
- j) *Todo permiso o ausencia mayor de 24 horas de su puesto de trabajo debe ser informado al sindicato en la cual pertenece.*
- k) *Al terminar la jornada deben revisar los equipos y compresores deben estar apagados y las oficinas cerradas.*
- l) *Después de cada salida de remisión tener listo la poma de 18 gl para tanqueo de la ambulancia.*
- m) *Todas aquellas actividades requeridas en pro de beneficiar la atención de los pacientes y los procesos administrativos de la ESE Suroccidente - Punto de Atención Florencia”.*

De esta manera, se considera, que, el señor Marco Aurelio Cerón 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 de la entidad, 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 de la entidad accionada durante los periodos 1. ° de octubre a 31 de diciembre de 2011 y desde el 1. ° de marzo de 2013 a 31 de diciembre 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 un portero, que se encontraba bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de labores, en jornadas de 24 horas.

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

Corolario de lo señalado, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo ficto demandado y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUROCCIDENTE E.S.E. que realice el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor MARCO AURELIO CERON. 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. al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el periodo 1. ° de octubre a 31 de diciembre de 2011, y desde 1. ° de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015, 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 MARCO AURELIO CERON obtenga la calidad de empleado público, ya que, no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentario en concordancia con lo dispuesto en el artículo 122 constitucional. Tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que

disponga el nombramiento, la posesión en el cargo y disponibilidad presupuestal, como lo ha precisado el Consejo de Estado<sup>6</sup>.

En cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago de cesantías, 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.

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 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.

En el caso de autos, el señor Marco Aurelio Cerón se vinculó a la Empresa Social del Estado SUROCCIDENTE E.S.E., en los siguientes periodos:

- 1. ° de octubre a 31 de diciembre de 2011
- 1. ° de marzo a 31 de diciembre de 2013
- 1. ° de enero a 31 de diciembre de 2014
- 1. ° de enero a 31 de diciembre de 2015

Con base en dichas fechas encontramos que el contrato celebrado en el año 2011 finalizó el 31 de diciembre de ese año, razón por la cual, los 3 años señalados para la reclamación de sus derechos fenecía el 31 de diciembre de 2014, razón por la cual, estaría prescrito este periodo de cara a la fecha de la reclamación, esto es, 26 de marzo de 2016. Sin embargo, 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, teniendo en cuenta:

*"i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.*

*ii) El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política<sup>7</sup>, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Consejero ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación interna 1618-09, sentencia del 10 de febrero de 2011.

<sup>7</sup> Ha dicho la Corte Constitucional que "La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las

*igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.*

*iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>8</sup>”.*

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva, sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, literal c, del CPACA)<sup>9</sup>, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, 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 el periodo octubre a diciembre de 2011 únicamente se reconocerá el valor adeudado por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

En cuanto al periodo 1. ° de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015, como la reclamación se presentó el 26 de marzo de 2016, se hizo dentro del plazo legal, y la demanda fue presentada el 2 de agosto de 2016, por lo que no ha operado el fenómeno de prescripción y así se declarará.

### 3.- COSTAS.

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

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

### 4.- DECISIÓN.

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

## RESUELVE

---

*autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley” (sentencia C-836 de 2001).*

<sup>8</sup> El principio de progresividad y la prohibición de regresividad se hallan consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así: (i) los artículos 2 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); (ii) los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y algunas Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC; (iii) observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad; (iv) el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y (v) artículo 4º del Protocolo de San Salvador, entre otros, que fueron señalados en la sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional.

<sup>9</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:  
(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; (...).”

**PRIMERO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E., por lo expuesto.

**SEGUNDO:** DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo Oficio nro. 1400 de 18 de abril de 2016, que negó al señor MARCO AURELIO CERÓN, identificado con C.C. nro. 4.709.168 el reconocimiento de una vinculación laboral, por las razones expuestas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho:

- CONDENAR a la Empresa Social del Estado SUROCCIDENTE E.S.E. a realizar el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el señor MARCO AURELIO CERÓN, tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios celebrados directamente para el periodo comprendido entre el 1.º de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015.

- CONDENAR a la Empresa Social del Estado SUROCCIDENTE E.S.E. a tomar el ingreso base de cotización del señor MARCO AURELIO CERÓN, dentro del periodo laborado, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por él como 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, para los periodos 1.º de octubre a 31 de diciembre de 2011 y 1.º de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015.

El señor MARCO AURELIO CERÓN 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 1.º de octubre a 31 de diciembre de 2011 y 1.º de marzo de 2013 a 31 de diciembre de 2015, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

El tiempo laborado por el demandante como portero bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con la E.S.E. Suroccidente, se debe computar para efectos pensionales.

**CUARTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Sin condena en costas, según lo expuesto.

**SEXTO:** La Empresa Social del Estado Suroccidente E.S.E. cumplirá la sentencia en los términos que disponen los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

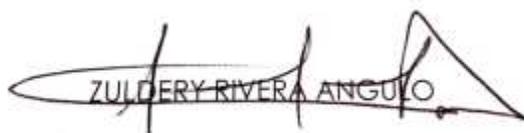
**SÉPTIMO:** Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021.

**OCTAVO:** 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO  
JUEZ CIRCUITO

Sentencia NREDE núm. 061 de 26 de marzo de 2021  
Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00255-00  
Accionante: MARCO AURELIO CERÓN  
Demandado: E.S.E. SUROCCIDENTE  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

## **JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

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:

**a9b6f5c489c99d9a01ab066b3bb70e05076f26a349f9058706fae0162dd4ff19**

Documento generado en 26/03/2021 10:05:50 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**