



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, ocho (08) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2016-00446-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE
DEMANDADO: HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E. hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ E.S.E.
Tema: Contrato Realidad.

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE** en contra del **HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E. hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ USI E.S.E.**, radicado bajo el No. **73-001-33-33-004-2016-00446-00**.

1. Pretensiones

Al interior de la audiencia inicial se sintetizaron así¹:

“Con relación a las pretensiones de la demanda, estas consisten en que se declare la nulidad del oficio No. 1240 del 6 de septiembre de 2016, por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria entre el 1 de noviembre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2013, así como el pago de las prestaciones sociales de ella derivadas.

Se declare que existió una diferencia salarial entre el demandante y el personal de planta que ejerce el cargo de auxiliar administrativo código 412 grado 08 (auxiliar de enfermería), durante el tiempo que permaneció la intermediación laboral y la vinculación por contrato de prestación de servicios, es decir, en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante la diferencia salarial existente, así como las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima anual y semestral, las vacaciones, la bonificación por servicios, la prima de navidad, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, el incremento de la asignación básica, el auxilio de transporte, la

¹ Fl. 162 del Cuad. Ppal.

indemnización por el no pago de las cesantías y la indexación o corrección monetaria correspondiente”.

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos que se reseñaron al interior de la audiencia inicial:

“1. El señor José Guillermo Vargas Aguirre prestó sus servicios como auxiliar de enfermería al Hospital San Francisco ESE de Ibagué entre el 1° de noviembre de 2009 y el 31 de enero de 2012, mediante las Cooperativas de Trabajo Asociado PROMEDIS CTA y LABORAMOS CTA (folios 6 a 8) y a través de contratos de prestación de trabajos suscritos directamente con la entidad demandada entre el 1 de febrero de 2012 y el 31 de octubre de 2013. (Fls. 9 a 69).

2. Desde el 1 de noviembre de 2013 el demandante presta sus servicios al Hospital San Francisco ESE de Ibagué como auxiliar del área de enfermería en modalidad de planta. (Fl. 70 a 71).

3. Mediante petición presentada el día 17 de agosto de 2016, el demandante solicitó al Hospital San Francisco ESE de Ibagué que se declarara la existencia de una relación legal y reglamentaria entre el 1 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013, así como el reconocimiento y pago de la diferencia salarial, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de navidad, los aportes al sistema de seguridad en pensiones, el incremento de la asignación básica, el auxilio de transporte, la indemnización por el no pago de las cesantías y la indexación o corrección monetaria. (Fl. 2 a 3).

4. Con oficio 1240 del 6 de septiembre de 2016, cuya nulidad se pretende en el presente asunto, el Hospital San Francisco ESE de Ibagué resolvió de forma desfavorable la petición presentada por el demandante. (Fl. 4 a 5).

3. Contestación de la Demanda².

La apoderada del entonces Hospital San Francisco ESE de Ibagué, señaló que se opone a las pretensiones de la demanda, en tanto reconocer al demandante la calidad de empleado público sería desconocer lo dispuesto por el Consejo de Estado frente a la forma de ingreso a la función pública.

Agrega, que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la diferencia salarial y prestacional solicitada, por cuanto los pagos que recibió corresponde a los previamente pactados con la administración y las empresas a las que prestó sus servicios.

² Fl. 104 y ss del Cuad. Ppal.

Formuló las excepciones que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO y PRESCRIPCION.

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 6 de diciembre de 2016, correspondió su reparto a este Juzgado (Fol. 84), quien mediante auto de fecha 13 de diciembre de la misma anualidad, admitió la demanda (Fol. 85), ordenando notificar al demandado y al Ministerio Público.

Una vez notificados el Hospital San Francisco E.S.E., el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fols. 90 y ss), dentro del término de traslado de la demanda, el Hospital San Francisco de Ibagué E.S.E. hoy Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E. (Fols. 104 y ss), contestó la demanda.

Luego mediante providencia del 7 de mayo de 2018, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 148), la cual se llevó a cabo el día 13 de junio de 2018 (Fols. 161 y ss), agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma.

Igualmente, como se hizo necesaria la práctica de pruebas, se fijó el 21 de marzo de 2018 para llevar a cabo la audiencia correspondiente (Fl. 184 y ss), y se ordenó a las partes presentar por escrito dentro de los diez (10) días siguientes los correspondientes alegatos de conclusión, conforme las previsiones del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A.

5. Alegatos de las Partes.

5.1. Parte demandante (Fols. 188 y ss).

Refiere el apoderado actor que al interior del expediente se logró demostrar la existencia de los elementos que configuran el contrato realidad, razón por la cual solicita un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda.

5.2 Hospital San Francisco E.S.E. hoy Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E. (fl. 188)

Señaló el apoderado de la parte demandada que al interior del expediente no se acreditaron las similitudes del cargo desempeñado por el demandante y las actividades de auxiliar de enfermería que se ejercen al interior de la institución.

Igualmente, resaltó que en el interrogatorio de parte el demandante confesó que las empresas con las que estuvo vinculado le cancelaron sus aportes al sistema de seguridad social integral, lo que evidencia que el mismo pretende el pago de una doble asignación sobre unos derechos que le pagaron oportunamente a través de tercero.

Finalmente, señala la normatividad atinente a la prescripción.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por tratarse de una pretensión de carácter laboral administrativo por parte de un excontratista del Estado por la naturaleza del medio de control, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, todo ello de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En armonía con la fijación del litigio realizada en diligencia de audiencia inicial, el Despacho debe establecer *si el acto administrativo que negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales a favor del accionante, derivadas de la suscripción y ejecución de acuerdos cooperativos y contratos de prestación de servicios de salud se ajustó a derecho, o si por el contrario, se debe reconocer que entre la accionante y la entidad accionada existió una relación de hecho de carácter laboral y por ende, el actor tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales dejadas de percibir, como consecuencia de dicha relación simulada, entre el 1 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013.*

3. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Se trata del Oficio N.º 1240 del 6 de septiembre de 2016, suscrito por la Gerente (E) del Hospital San Francisco E.S.E. de Ibagué, hoy Unidad de Salud de Ibagué USI E.S.E., por medio del cual se negó al demandante la declaratoria de una relación legal y reglamentaria para con el. (Fls. 2 y ss del Cuad. Ppal.).

4. TESIS DE LAS PARTES

4.1. TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE

El apoderado actor sostiene que su poderdante desarrolló actividades administrativas –asistenciales- permanentes, bajo diferentes figuras jurídicas, desconociendo los derechos prestacionales que le asisten y enmascarando la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que se le debe dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en consecuencia, emitir un fallo de carácter favorable a las pretensiones.

4.2. TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

Solicita el apoderado de la entidad demandada que las pretensiones de la misma sean

despachadas desfavorablemente, toda vez que el actor, para la época de los hechos nunca ostentó la calidad de empleado público y los pagos que recibió, correspondían a lo previamente pactado con la Administración y las Empresas a las que prestó el servicio.

4.3 TESIS DEL DESPACHO

Considera el Despacho que le asiste derecho al demandante, como quiera que al tenor de los parámetros jurisprudenciales y legales, la labor para la cual fuera contratado, esto es, prestación de sus servicios profesionales en salud, “Auxiliar de Enfermería” comprenden funciones y deberes que corresponden a la labor ínsita de la entidad demandada y para la cual dicha entidad debe adecuar la planta correspondiente a efectos de asumir dicha función conforme le compete; aunado a lo anterior, el Despacho considera que se encuentran acreditados los elementos esenciales de la configuración de una relación de carácter laboral, esto es, subordinación en el cumplimiento de órdenes y horarios, remuneración por la labor prestada y prestación personal del servicio.

5. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

- Constitución Política, artículos 13 y 53
- Ley 10 de 1990
- Ley 80 de 1993, artículo 32.
- Ley 100 de 1993.
- Decreto 876 de 1994, artículos 5 y 21.
- Ley 1437 de 2011.
 - Consejo de Estado en sentencia de fecha 02 de marzo de 2017; Exp. 52001-23-31-000- 2010-00505-02; C.P. Gabriel Valbuena Hernández
 - Sentencia de Unificación de 25 de Agosto de 2016, del Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, proferida dentro del expediente de radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 24 de junio de 2015, Radicada con el número 68001-23-31-000-2010-00067-01 C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.
- Sentencia C – 154 de 1997 Corte Constitucional Expediente D-1430 del 19 de marzo de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

• LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

La Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006 , disponen que las Cooperativas de Trabajo Asociado son *aquellas organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas,*

profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha precisado:

“Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas, y han sido definidas por el legislador así: «Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios». El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.³”

Igualmente señaló que la figura “no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes”, de tal forma, que el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados⁴.

Según su actividad se clasifican en⁵:

- **Especializadas:** son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural.
- **Multiactivas:** son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica.
- **Integrales:** son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios.

En relación con este tipo de organizaciones, la Corte Constitucional⁶ al analizar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, expresó que:

«Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00820-01(1486-15). Actor: LUIS HERNANDO HURTADO OROZCO. Demandado: E.S.E. ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN.

⁴ ídem

⁵ Arts. 61 a 64 Ley 79/88

⁶ C-211 de 2000

contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la Cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente»

Seguidamente, en cuanto a las compensaciones que perciben los socios de estas cooperativas, manifestó lo siguiente:

«[...] La protección que la Constitución ordena dispensar al trabajo, que dicho sea de paso, no es exclusivamente el subordinado sino éste en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), y la garantía de los derechos mínimos irrenunciables tampoco se ven menguados, porque son los mismos asociados quienes deben establecer sus propias reglas para que aquél se desarrolle en condiciones dignas y justas, que les permita mejorar su nivel de vida y lograr no solo su bienestar sino también el de su familia.

Al respecto ha dicho la Corte: *“No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado “en todas sus modalidades” (CP art. 25).”*

Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, *“configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (...) “no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley”.*

Ello no quiere decir que tales derechos fundamentales no deban ser respetados o garantizados en las Cooperativas de Trabajo Asociado, pues éstos rigen para todas las modalidades de trabajo. De no entenderse así, habría que sostener inválidamente que la Constitución discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior. Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una

justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo»

Conforme entonces a lo indicado por la Gardiana constitucional, resulta entonces válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos laborales constitucionalmente protegidos.

Al efecto es pertinente avizorar que la Ley 1429 de 2010 estableció lo siguiente:

*“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.*

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo”. (Negrillas del despacho)

El trabajo asociado entonces, no puede ser utilizado indebidamente para eludir las obligaciones de carácter laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, so pena de comprometer su responsabilidad ante las autoridades correspondientes.

De ésta manera, en los eventos en que el asociado sea vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, y pretenda que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se reconozca la existencia de una relación laboral, deberá acreditar que se han consolidado los elementos propios de la misma, a saber, **prestación personal del servicio, remuneración y subordinación**⁷.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, quince (15) de julio de dos mil diecinueve(2019), radicación número: 76001-23-31-000-2011-01249-01(2164-18)

Del Contrato de Prestación de Servicios y los elementos de configuración de una relación de índole Laboral – Sentencia de Unificación de 25 de Agosto de 2016, del Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, proferida dentro del expediente de radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En primer lugar, habrá de señalarse que la figura de contrato de prestación de servicios comprendida en el estatuto de contratación estatal, esto es, la ley 80 de 1993, señala:

“...Artículo 32. De los Contratos Estatales...

3o. Contrato de prestación de servicios

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 lo anterior, se colige que válidamente la administración puede celebrar contratos de dicha índole, siempre que se encuentren acreditados los elementos propios del mismo, precaviendo que tal figura no desentrañe una verdadera relación de carácter laboral y permanente.

Frente al particular, la Jurisprudencia de nuestras altas Cortes; Consejo de Estado y Corte Constitucional, han sido contundentes en afirmar, las características propias de la relación contractual por prestación de servicios, siendo fundamentales, la independencia y autonomía del contratista y la temporalidad o lo esporádico de dicha prestación del servicio. Al respecto valga la pena evocar, la sentencia C-154 de 1997, que por su trascendencia y vigencia, es pertinente acotar frente al contrato de prestación de servicios, lo siguiente:

“...b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios...”

Así pues, la línea Jurisprudencial consolidada por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, referida en precedencia, precisó en cuanto al asunto de marras:

“...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.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello

implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar (i) se decretará la nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; (ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; (iii) se declarará que el tiempo laborado por la demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Ciénaga de Oro, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y (iv) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal...”

Así las cosas, se encuentra suficientemente decantado e ilustrado, por la Jurisprudencia de nuestro Órgano de cierre y Constitucional, que si bien la ley faculta a la administración en la posibilidad de celebrar contratos bajo la modalidad de prestación de servicios, también precave los requisitos fundamentales y necesarios al efecto, de tal suerte que si se desvirtúan tales características del contrato en mención y de contera se acreditan los elementos de una relación de índole laboral, habrá mérito a declarar Constitucionalmente la primacía de la realidad sobre las formalidades y acceder a la configuración de una relación de origen laboral.

Del contrato de prestación de servicios en el servicio público de la salud.

Ahora bien, referente al sector salud y las entidades estatales encargadas de la prestación de tal servicio público, el ordenamiento ha determinado la naturaleza de

las relaciones originadas para la eficiente prestación de tal servicio, así la Ley 10 de 1990, precave:

“...Artículo 26º.- Clasificación 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.

...

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.”

Lo anterior, para el caso de los servicios médicos, de las entidades descentralizadas encargadas de la prestación del servicio de salud, fue abordado por el H. Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, en sentencia que data de 24 de junio de 2015, Radicada con el número 68001-23-31-000-2010-00067-01 C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN que frente al particular refiere:

“...No obstante lo esbozado, aprecia la Sala conveniente reiterar jurisprudencia en cuanto al tratamiento que se le ha dado a la figura del contrato realidad, de cara a los contratos de prestación de servicios vinculados al sector salud y, para ello, basta transliterar, por su claridad, lo que señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de marzo de 2010, donde hizo las siguientes consideraciones:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, **de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad**, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.*

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los

elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.” (Resaltado y subrayas ajenos al texto citado).

Como la labor que presta un galeno es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional...”

Valorado lo anterior, a continuación destaca la Jurisprudencia en cita:

*“...Finalmente, en concordancia con lo hasta aquí ilustrado, no puede perderse de vista que conforme el Decreto 2400 de 1968, régimen de administración de personal de la rama ejecutiva, el empleo se concibe como el conjunto de funciones señaladas en la Constitución, la ley y el reglamento, para ser atendidas por una persona natural y sólo excluye del concepto de empleados a quienes prestan servicios ocasionales y que cataloga como meros auxiliares de la administración pública. **De manera que lo que corresponde hacer a la administración es crear los cargos suficientes para el cumplimiento de las funciones de cada entidad y no acudir a la figura ficticia de contratación que, sin duda, desvirtúa el servicio público,** pues, la contratación en la forma en que se ha venido dando está sólo permitida en la Ley 80 de 1993 para casos que se enmarquen dentro de la excepcionalidad y la pericia en actividades específicas, en todo caso, extrañas a la función propia y cotidiana de la entidad.*

Es así como la parte final del artículo 2º del citado Decreto dice que “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de

prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.” (Subrayas y resaltado no es del texto original)

Esta prohibición es replicada por el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008 que modifica y adiciona el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, los que respectivamente consagran:

“Artículo 7º. **Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente,** en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (subraya son ajenas al texto original)

Y el artículo 1º del segundo decreto:

“Artículo 1º. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2º quedará así:

(...)

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

De la vocación de Permanencia de la Función.

Por encontrarse relevante, para el esclarecimiento de la verdad en el presente asunto, conviene hacer mención, a lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en la providencia que se viene citando, que con Ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, destaca:

“...La Corte Constitucional, cuando declara la Constitucionalidad del inciso final el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el aparte resaltado del artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, en sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 expuso:

“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) **CRITERIO FUNCIONAL**, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral;

ii) **CRITERIO DE IGUALDAD:** *Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública;* iii) **CRITERIO TEMPORAL O DE LA HABITUALIDAD:** *si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral;* iv) **CRITERIO DE LA EXCEPCIONALIDAD:** *si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; **pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual;*** v) **CRITERIO DE LA CONTINUIDAD:** *si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.” (Líneas, resaltado y mayúsculas no corresponden al texto original)...*

Por ello esta Sala discrepa del argumento de la accionada en su contestación, conforme el cual el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993 modificó lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968.

Y no se comparte tal razonamiento, porque únicamente podrá contratarse con personas naturales, actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, si es de manera transitoria; de lo contrario, en caso de ser una función atribuida a la entidad estatal de manera permanente y que hace parte de su objeto misional, deberán crearse los empleos necesarios y no acudir a dicha forma contractual.”

6. MATERIAL PROBATORIO

Al interior del expediente se aportó el siguiente material probatorio:

1. Copia del derecho de petición por medio del cual el demandante solicita a la demandada el reconocimiento de la relación laboral entre estas dos (fls. 2 y ss del Cuad. Ppal.)
2. Copia del Oficio demandado, por medio del cual la entidad demandada niega la solicitud de reconocimiento de relación laboral a la demandante (fls. 4 y sss).

3. *Copia de la certificación del 27 de enero de PROMEDIS, según la cual, el actor estuvo inscrito en el libro de registro social de dicha Cooperativa desde el 1 de noviembre de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2010, desempeñando funciones como auxiliar de enfermería en el Hospital San Francisco. (Fl. 6)*
4. *Copia de la certificación del 8 de febrero de 2013 de LABORAMOS, según la cual, el actor laboró como trabajador asociado a dicha Cooperativa desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de enero de 2012, desarrollando funciones propias como auxiliar de enfermería en el Hospital San Francisco, tales como: Preparar al paciente para los diferentes exámenes de diagnóstico y tratamientos especiales, administrar los diferentes tratamientos médico quirúrgicos, farmacológicos y cuidados del paciente de acuerdo al plan de atención de enfermería, ordenes médicas y diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo, entre otras. (Fl. 7 y ss).*
5. *Copia del certificado de experiencia del Hospital San Francisco según el cual, dicha entidad ha celebrado contratos con el actor, desde el 1 de febrero de 2012 al 31 de octubre de 2013, por modalidad de prestación de servicios, como auxiliar de enfermería, cuyo objeto es prestación de servicios de apoyo asistencial en el área de la salud para el Hospital San Francisco de Ibagué. Se indicaron como funciones del contratista: "...5) Preparar al paciente para los diferentes exámenes de diagnóstico y tratamientos especiales, 6) Administrar los diferentes tratamientos médico quirúrgicos, farmacológicos y cuidados del paciente de acuerdo al plan de atención de enfermería, ordenes médicas y 16) Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo, entre otras.*
6. *Copia de los siguientes contratos suscritos entre la demandante y la entidad demandada (fls.9 a 69):*

Número de Contrato	Plazo	Folios
0100	1-02-2012 al 31-03-2012	10 y ss
0211	1-04-2012 al 31-05-2012	16 y ss
0349	1-06-2012 al 31-07-2012	22 y ss
0485	1-08-2012 al 30-09-2012	28 y ss
0635	1-10-2012 al 31-12-2012	34 y ss
0856	1-01-2013 al 31-01-2013	40 y ss
125	1-02-2013 al 28-02-2013	45 y ss
229	1-03-2013 al 30-04-2013	50 y ss
362	1-05-2013 al 31-07-2013	55 y ss
0618	1-08-2013 al 30-09-2013	60 y ss
0798	1-10-2013 al 31-10-2013	65 y ss

7. *Cd contentivo de la siguiente información aportado por la parte accionada (Fl. 2 del Cuad. Pruebas Dte).*
 - *Parte del Acuerdo No. 003 del 1 de junio de 2015, mediante el cual, se ajusta el Manual de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del Hospital San Francisco, en lo que atañe al cargo de auxiliar en el área de la salud, grado 08 código 412.*

- *Resolución No. 413 del 31 de octubre de 2013 mediante la cual, la entidad accionada nombra en provisionalidad al actor, como auxiliar de enfermería código 412 grado 08.*
- *Actos de nombramiento y desprendibles de pago de nómina del señor LUIS ALBERTO GALINDO AYALA y los demás funcionarios de planta que ejercían el cargo de auxiliar de enfermería durante el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013.*
- *Cuadros de turnos de personal -sala general y consulta externa- del ente accionado, correspondiente a los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013.*

8. **Declaración de ESPERANZA VILLEGAS**, auxiliar de enfermería del Hospital San Francisco desde hace 20 años, quien indicó que en virtud de ello puede aseverar que el actor prestó sus servicios a dicha entidad entre los años 2010 a 2013 aproximadamente, mediante Cooperativas de Trabajo Asociado, cumpliendo las mismas funciones y horarios que quienes ostentaban el mismo cargo pero de planta o vinculados mediante contratos de prestación de servicios. Adujo además, que siempre ha existido diferencia salarial entre los vinculados mediante contrato, cooperativa y de planta.

Sostuvo, que los horarios que cumplían el actor, ella, el otro declarante y demás personas que fungían como auxiliares de enfermería, eran fijados por el jefe de personal y el jefe de departamento que eran los encargados de realizar los cuadros de turno, en los que por demás, manifiesta, se relacionaba indistintamente el personal que se vinculaba directamente con el Hospital y el que se vinculaba mediante Cooperativas.

Refirió también, que el actor durante los turnos no podía retirarse sin permiso del Hospital, pues siempre había que tener permiso justificado; que él recibía órdenes de la jefe del departamento directamente María Mercedes Osorio, empleada del Hospital; que quien suministraba los elementos al actor para que prestara sus servicios era el Hospital y que aquél, no podía delegar a nadie para el cumplimiento de sus funciones.

Por último, refiere que con el actor compartía casi todos los días en el Hospital y afirma no haber presentado ningún tipo de acción legal en contra del Hospital. (Fl. 187 del Cuad. Ppal.).

9. **Declaración de LUIS ALBERTO GALINDO AYALA**, pensionado, quien laboró al servicio del Hospital acusado desde 1975 y hasta el 2017 como auxiliar de enfermería, quien indicó en virtud de lo anterior, constarle que el actor laboró al servicio de dicho Hospital por 5 años aproximadamente, mediante vinculación a través de Cooperativas, fungiendo como auxiliar de enfermería, hasta el año 2014 cuando fue nombrado en provisionalidad.

Sostuvo, que las funciones que prestaban él y el actor eran las mismas, tales como atención directa al paciente, limpieza de camas, inyectología, curaciones, toma de signos vitales, asistencia en la alimentación y en urgencias, atención inmediata al paciente; que tenían las mismas responsabilidades y cumplían los mismo horarios, pese a lo cual, entre uno y otro existía una diferencia salarial bastante significativa.

Arguyó, que los horarios que cumplían el actor y él eran fijados por el jefe de personal y el jefe de departamento que eran los encargados de realizar los cuadros de turno, en los que por demás, manifiesta, se relacionaba indistintamente el personal que se vinculaba directamente con el Hospital y el que se vinculaba mediante otro tipo de forma, así como también, que existía un cuadro de turno para cada una de las áreas que eran ginecología, hospitalización 1 y 2 piso, ambulancia, esterilización, urgencias y consulta.

Refirió también, que el actor durante los turnos, no podía retirarse sin permiso del Hospital; que era el Hospital quien le suministraba al actor los implementos para cumplir sus labores y finalmente, que se encontraba con el actor en los mismos turnos eun una frecuencia de 20 de los 31 días del mes. (Fl. 187 del Cuad. Ppal.)

10. Interrogatorio de parte al señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE, el que expresó que firmó contrato de asociación con las Cooperativas de Trabajo Asociado LABORAMOS y PROMEDIS; que no recibió de ellas ningún tipo de compensación ordinaria ni extraordinaria sino solo el sueldo homogéneo con lo que ellos convenían con el Hospital; que solo parcialmente dichas cooperativas hicieron a su favor cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral, pues hay unos meses en los que hubo inconsistencias y que de hecho, cuando se liquidó PROMEDIS, tuvo un accidente y fue a POSITIVA que era la ARL que tenía en el momento y no tuvo la respuesta necesaria; que todas las actividades que cumplió eran asistenciales y que se movía en distintos servicios que eran Urgencias, Observación u Hospitalización, Ambulancia Traslado de pacientes o camillero que fue cuando sufrí el accidente, y las diferentes que eran encomendadas por el jefe inmediato.

Sostuvo también, que durante los años 2009 a 2013 realizó reclamaciones ante las Cooperativas y ante el Hospital y finalmente, que nunca pudo asistir por falta de permisos debido a su horario laboral, a las asambleas y reuniones que convocaban las Cooperativas. (Fls 187 del Cuad. Ppal.).

7. CASO CONCRETO

Habiéndose decantado los parámetros legales y jurisprudenciales sobre los cuales habrá de cimentarse la decisión que en derecho corresponda, resulta oportuno descender sobre el análisis del caso concreto y del acervo probatorio recaudado para determinar, si en el presente asunto se configuran los elementos esenciales

del contrato realidad, a saber: *la prestación personal del servicio, la contraprestación y la subordinación y dependencia* y las circunstancias adicionales expuestas en el anterior acápite, relacionadas con *el carácter permanente de la función contratada y la similitud de las labores cumplidas por la demandante con las tareas de los demás empleados públicos de la entidad contratante.*

DE LA PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO Y LA REMUNERACION COMO CONTRAPRESTACION

Por tener relación directa estos elementos configurativos del contrato, y por sustentarse en idéntico acervo probatorio, se estima pertinente por este Despacho, descender sobre el análisis paralelo de los mismos.

Con fundamento en ello, una vez examinado el expediente, con relación a la *prestación personal del servicio*, aparecen en el plenario, certificaciones suscritas por el jefe de recursos humanos de la Cooperativa de Trabajo Asociado PROMEDIS, la gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado LABORAMOS y por el profesional universitario del área de talento humano del Hospital San Francisco, quienes dan fe que el señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE se desempeñó como auxiliar de enfermería al interior de dicho Hospital, durante los lapsos comprendidos entre el 1° de noviembre de 2009 al 30 de diciembre de 2010; del 1° de enero de 2011 al 31 de enero de 2012 y desde el 1° de febrero de 2012 hasta el 31 de octubre de 2013.

Así mismo, se tiene que las funciones desempeñadas por el señor VARGAS AGUIRRE como **auxiliar de enfermería**, del Hospital San Francisco de esta ciudad, además de ser desarrolladas personalmente por el mismo, se encontraban intrínsecas en las obligaciones asumidas en cada uno de los contratos celebrados entre las partes de este proceso, pues según se puede observar, dentro del objeto principal de los mismos, se encontraba el prestar sus servicios personales de auxiliar de enfermería, lo que hace denotar con meridiana claridad que las funciones desarrolladas por el aquí demandante son naturales y acordes al objeto y función desarrollada por el Hospital demandado; circunstancias que acompasadas con el dicho de los aquí declarantes, quienes fueron también sus compañeros de trabajo permiten colegir sin mayor reparo el carácter personal del servicio prestado y la labor desempeñada por el aquí demandante, durante su vinculación con el Hospital Demandado.

Aunado a lo anterior, es menester precisar que durante su vinculación a través de Cooperativas de Trabajo Asociado así como también, mediante contratos de prestación de servicio, el actor tuvo a cargo el cumplimiento de las mismas tareas, tal y como puede colegirse al comparar las funciones que desempeñó según la certificación de la Cooperativa LABORAMOS y la certificación expedida por el Hospital demandado, visibles a folios 7 y 9 del Cuad. PPal., respectivamente.

Ahora bien, y en cuanto a la remuneración se refiere, deviene de la misma manera y con apoyo en las mismas pruebas evocadas, esto es, los contratos suscritos, así como las diferentes declaraciones testimoniales, que efectivamente el demandante

recibió una contraprestación de carácter económico por los servicios cumplidos durante su vinculación con el Hospital Central E.S.E., de Planadas - Tolima.

Tales circunstancias per se, dan cabida para que sea predicable la existencia de los dos primeros elementos Jurisprudencialmente señalados, ***prestación personal del servicio y remuneración.***

DE LA SUBORDINACION, DEPENDENCIA Y SIMILITUD

Para abordar la configuración o no de este elemento, este Despacho, lo primero que habrá de indicar es que frente al mismo, tendrá en cuenta lo dicho por el H. Consejo de Estado, para el caso de los servicios médicos de las entidades descentralizadas encargadas de la prestación del servicio de salud, en sentencia del 24 de junio de 2015, Radicada con el número 68001-23-31-000-2010-00067-01 con ponencia del Doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN:

“...Como la labor que presta un galeno es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación...”

En consecuencia, abordándose el análisis de este elemento, deberá señalarse que el demandante prestó sus servicios al Hospital demandado desempeñándose como ***Auxiliar de enfermería*** del mismo, y que de consuno con el dicho de los declarantes, lo señores LUIS ALBERTO GALINDO AYALA y ESPERANZA VILLEGAS RODRIGUEZ, quienes fueran sus compañeros de trabajo y también fungieran como auxiliares de enfermería de la misma institución, dan cuenta por el conocimiento directo de los hechos que recibían iguales órdenes, en cuanto al cumplimiento de funciones y de un horario, asignados por el jefe de departamento, lo que deja entrever el grado de sometimiento del actor ante las ordenes e instrucciones que le eran impartidas, máxime si se tiene en cuenta lo dicho por los testigos de forma coherente y uniforme en relación también, con la imposibilidad de retirarse del servicio sin contra previamente con un permiso otorgado por funcionario del Hospital.

Y es que como se indicó, el demandante ejerció funciones inherentes a la entidad, como lo es preparar al paciente para los diferentes exámenes de diagnóstico y tratamientos especiales, administrar los diferentes tratamientos médico quirúrgicos, farmacológicos y cuidados del paciente de acuerdo al plan de atención de enfermería, ordenes médicas y diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo, entre otras, por un tiempo de 4 años, lo que pone en evidencia que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por el actor, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que le eran asignadas por personal perteneciente al Hospital, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por el Hospital.

En este punto, precisa esta Juzgadora que la modalidad contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

En el presente caso, las actividades desarrolladas por el señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE, fueron permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito municipal a cargo del HOSPITAL SAN FRANCISCO DE IBAGUE, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.

Con lo anteriormente dicho, y atendiendo la exigencia de una menor demostración del presente elemento de la relación contractual, para el Despacho no cabe duda de la existencia de la subordinación del demandante, visible en cuanto al cumplimiento de órdenes, de funciones, de horario y obligaciones para con la prestación del servicio contratado, y por ende existe merito suficiente para declarar también, su configuración.

DE LA PERMANENCIA DE LA LABOR

Debe señalar el Despacho que las labores cumplidas por el demandante, son labores ínsitas a la labor misional del Hospital demandado, como entidad encargada de la prestación de servicio público de salud, de manera pues que mal podría predicarse, la validez de la contratación por prestación de servicios que se encuentra autorizada por el régimen jurídico (Ley 80/93), pues si bien ello obedece a la verdad legal, también lo es que la norma lo autoriza únicamente para el desempeño o realización de labores temporales, ocasionales o transitorios, que no pueden ser cumplidas por personal de planta de la entidad o que requieren de conocimientos especializados; debiendo puntualizarse para estos temas de salud, que si bien los mismos convocan la necesidad de conocimientos específicos no puede dejarse de lado que dicha función es propia de la naturaleza de la entidad, y que ante tales eventos lo que compete es, adecuar la planta de personal a las necesidades de la Instituciones, ello habida cuenta de la evidente vocación de permanencia de la labor desempeñada.

En conclusión, el actor cumplía una función que podía ser desempeñada por personal de planta, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado no eran temporales, pues basta con observar que permaneció prestando sus servicios por un periodo de 4 años, y que incluso posteriormente fue incorporado mediante nombramiento de carácter provisional; que no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, que debía estar atento a las instrucciones que se le impartieran, es decir, era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, la situación objeto de análisis, se encuadra dentro de los criterios

expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009⁸, que define el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y remuneración, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral.

Ahora bien, lo anterior, en cuanto se refiere al tiempo durante el cual el actor estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios respecto del Hospital demandado, esto es, desde el 1° de febrero de 2012 al 31 de octubre de 2013, pues luego fue nombrado de manera provisional a través de acto administrativo que fuera aportado a esta actuación procesal.

Sin embargo, en cuanto se refiere al tiempo que el señor VARGAS AGUIRRE estuvo vinculado mediante la modalidad de Cooperativas de Trabajo Asociado al Hospital, esto es, desde el 1° de noviembre de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2010 a través de la Cooperativa PROMEDIS y, desde el 1° de enero de 2011 hasta el 31 de enero de 2012 mediante la Cooperativa LABORAMOS, deberá indicar este Despacho también, que en este caso, a partir de los distintos elementos probatorios allegados se logró acreditar que a pesar de la mediación de tales Cooperativas, el demandante mantuvo una relación directa con el “aparente” beneficiario de los servicios, es decir, el Hospital San Francisco, bajo una continuada dependencia y subordinación, máxime si se tiene en cuenta que no se discutió durante ese lapso la vinculación sino que por el contrario se aceptó, tal y como se desprende de lo reseñado frente al hecho 5 de la demanda en la contestación, tal y como se evidencia a folio 107.

Lo anterior, pone en evidencia que se demostró además de lo precisado en el párrafo anterior, la existencia del vínculo contractual entre las Cooperativas y el Hospital accionado, la pertenencia del demandante a las precitadas Cooperativas y la asignación como actividad misional al actor, el cumplimiento de funciones como auxiliar de enfermería.

Así las cosas, habrá de concluirse entonces, que a pesar de haberse acudido a las anteriores formas de vinculación laboral, las que por demás, encuentran respaldo en la ley, las mismas se desnaturalizaron y lo cierto es que entre el señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE y el HOSPITAL SAN FRANCISCO DE IBAGUÉ hoy USI E.S.E, se configuró una verdadera relación de carácter laboral.

8. DE LA PRESCRIPCIÓN

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968⁹ y 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁰ (reglamentario del

⁸ Sentencia C614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: “(...) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.

⁹ «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

¹⁰ «**Artículo 102.** Las acciones que emanen 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.

primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad¹¹:

«[...] 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.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

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 solo por un lapso igual.»

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. [...]»

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.¹²

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte del demandante, fue radicada ante la ESE demandada el 17 de agosto de 2016¹³,
- Por tratarse de vinculaciones ininterrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización del último periodo contractual efectivamente laborado.
- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 1° de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013, finalizaba el 1° de noviembre de 2016.

¹² En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección)

¹³ Ver folios 2-3.

Así las cosas, este Despacho declarará la nulidad del acto acusado, y en consecuencia declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante y la ESE demandada, por el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2013, siendo oportuna la reclamación presentada el 17 de agosto de 2016, y como no hubo solución de continuidad, se concluye que no operó el fenómeno de la prescripción.

SÍNTESIS

De las pruebas arrojadas al expediente se pudo concluir que se encuentran acreditados los presupuestos para reconocer la existencia de una verdadera relación laboral subyacente, bajo la apariencia documental de los contratos de prestación de servicios personales suscritos por el demandante con el Hospital demandado, así como la relación laboral que surgió por interpuesta persona en virtud de los servicios prestados a través de las Cooperativas PROMEDIS Y LABORAMOS.

Establecido lo anterior, es del caso proceder a indicar la forma en que habrá de imponerse la condena a la entidad demandada, frente al reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales que le asisten a la parte demandante, en los términos que se ha solicitado y confrontado con las pruebas obrantes en el plenario.

Ahora bien, la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, si bien es cierto, reconoce la existencia de una relación laboral disfrazada en la ejecución de los mismos, también lo es que ello no le otorga automáticamente al demandante la condición de empleado público ni le hace acreedor de todas las prerrogativas salariales y prestacionales que esa condición genera, pues tal calidad debe estar precedida de unos elementos de carácter material y formal que en el proceso no se han acreditado.

En consecuencia, se ordenará el reconocimiento de prestaciones sociales a que hubiese tenido derecho los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, y que correspondiera al mismo cargo, que fue desempeñado por el demandante, como lo era el de *auxiliar de enfermería*, a título de restablecimiento del derecho, para lo cual se deberá tomar como salario el equivalente al valor pactado como honorarios y/o compensaciones mensuales en los contratos y vinculaciones citados en precedencia, y que se ejecutaron del 01 de noviembre de 2009 y el 31 de octubre de 2013.

En lo que atañe a la **sanción moratoria pretendida por el accionante**, no se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

Cabe señalar por último que el reconocimiento y pago de las sumas que en esta decisión se ordena, debe hacerse previa indexación.

Las sumas reconocidas deberán ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \text{ índice final / índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes; a partir de la ejecutoria de la presente providencia, las sumas de dinero reconocidas devengarán intereses moratorios, en los términos previstos en el inciso 3° del art. 192 del C.P.A.C.A.

En relación con los aportes a pensión, la parte accionada deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista y las Cooperativas de Trabajo Asociada respectivamente, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que les corresponda, desde el 1 de noviembre de 2009 al 31 de octubre de 2013. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la modalidad de las Cooperativas de Trabajo Asociado y, en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

COSTAS

El Despacho se abstiene de condenar en costas a la parte demandada toda vez que no se accedió a la totalidad de las pretensiones, tal como lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en este caso por remisión de los artículos 188 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto Administrativo de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la Nulidad del oficio No. 1240 del 6 de septiembre de 2016, proferido por la entidad accionada.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de Prescripción de Derechos Laborales, propuesta por la demandada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la **existencia de un contrato realidad** de carácter laboral entre el señor JOSÉ GUILLERMO VARGAS AGUIRRE con el HOSPITAL SAN FRANCISCO DE IBAGUE hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ E.S.E, desde el 1 de noviembre de 2009 y hasta el 31 de octubre de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENA al HOSPITAL SAN FRANCISCO hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUE a reconocer y pagar al demandante, prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores de planta de esa entidad, en el cargo de auxiliar de enfermería durante el periodo de ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y la intermediación laboral realizada, para lo cual se tomará como salario de liquidación el equivalente a los honorarios mensuales pactados en los contratos.

El reconocimiento y pago de las sumas que en esta decisión se ordena, debe hacerse previa indexación.

QUINTO: ORDENAR a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, que tome el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios y demás vinculaciones, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el 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 la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

SEXTO: Ordenar que la sentencia que se profiera en este proceso se cumpla dentro de los términos indicados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda

OCTAVO: Abstenerse de condenar en costas a la parte demandada por las razones anotadas en las consideraciones de la presente decisión

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previa comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**