



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2017-00402-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE TORRES REBOLLEDO
DEMANDADO: HOSPITAL SAN FRANCISCO ESE DE IBAGUÉ 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 el señor **LUIS ENRIQUE TORRES REBOLLEDO** en contra del **HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E DE IBAGUÉ hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ E.S.E**, radicado bajo el No. **73001-33-33-004-2017-00402-00**.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (Fol. 001. Pág. 70 y s.s. Cuaderno Principal Tomo I):

“DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. *Se decrete la nulidad del oficio denominado por la administración como Derecho de Petición de fecha 15 de agosto de 2017 expedido por la gerente encargada Dra. Janed Cristina Marciales Santos, a través del cual le fue negado al actor el pago de sus derechos de carácter laboral producto de su vinculación irregular.*
2. *Que como consecuencia de dicha nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Hospital San Francisco E.S.E pagar a mi poderdante Luis Enrique Torres Rebolledo en su carácter de funcionario público de hecho las siguientes prestaciones sociales:*
 - a. *Las cesantías correspondientes al periodo comprendido desde el día 5 de junio de 2004 hasta el día 31 de octubre de 2013.*
 - b. *Los intereses a las cesantías relacionadas durante el periodo comprendido desde el día 5 de junio de 2004 hasta el día 31 de octubre de 2013.*
 - c. *Las primas de navidad correspondientes al periodo comprendido entre el 5 de junio de 2004 hasta el día 31 de octubre de 2013.*
 - d. *Las vacaciones relacionadas durante el periodo comprendido entre el 5 de junio de 2004 hasta el día 31 de octubre de 2013.*
 - e. *Las primas de vacaciones comprendidas durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2004 hasta el día 31 de octubre de 2013.*

DECLARACIONES SUBSIDIARIAS

Referente a estas pretensiones y como quiera que ellas no forman parte de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, solicito al señor Juez se le reconozcan al actor lo siguiente:

- a. La indemnización por despido injusto por el tiempo laborado por este, es decir durante el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2004 hasta el día 31 de marzo de 2017 en total doce (12) años nueve (9) meses y veintiséis (26) días.*
- b. De igual manera que se le pague la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, desde el día en que estas se causaron y hasta el día que se realice su pago, a razón de un día de salario por cada día de retardo*
- c. Que las sumas que resulten de las condenas impuestas se les aplique la indexación o corrección monetaria según la formula utilizada por el H. Consejo de Estado para tal tipo de prestación, teniendo en cuenta que se trata de prestaciones periódicas.*

SEGUNDA DECLARACIÓN SUBSIDIARIA:

En subsidio de las pretensiones principales y subsidiarias, solicito se condene al HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E. a pagar al actor la pensión sanción determinada en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir del día en que el actor cumpla los sesenta años de edad.

TERCERA DECLARACIÓN SUBSIDIARIA:

En subsidio de las pretensiones principales y subsidiarias, solicito se condene al HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E a pagar al actor la pensión sanción determinada en el artículo 74 numerales 1.2. y 3 del Decreto 1848 de 1969.”

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (Fol. 001. Pág. 71 y s.s. Cuaderno Principal Tomo I):

1. Que el señor Luis Enrique Torres Rebolledo se vinculó al Hospital San Francisco E.S.E desde el día 05 de junio de 2004 a través de un contrato de prestación de servicios de seis meses, el cual, se prorrogó hasta el día 31 de diciembre de 2004.
2. Que a partir de enero de 2005 el gerente de la Entidad demandada le ordenó al demandante que se pusiera a órdenes de la Cooperativa Sefira, quien lo vinculó a través de contrato de asociación, vinieron luego otras cooperativas a las cuales fue vinculado el demandante bajo la misma modalidad y por orden del gerente del hospital prorrogándose dicho vínculo hasta el día 31 de octubre de 2013.
3. Que a partir del 1 de noviembre de 2013, el demandante entró a formar parte de la planta temporal de personal del Hospital, vinculación que se prorrogó hasta el 31 de marzo de 2017, periodo durante el cual le fueron cancelados todos sus salarios y prestaciones sociales.

4. Que los contratos de asociación celebrados con las cooperativas tenían una duración de tres, cinco, seis meses y hasta un año sin solución de continuidad y que una vez se firmaba el contrato de asociación era enviado a ponerse a ordenes de los directivos del Hospital San Francisco.
5. Que el actor prestó sus servicios personales no para las cooperativas sino para el Hospital San Francisco E.S.E durante un periodo de 12 años 9 meses y 26 días, labores que realizó en las mismas condiciones que el resto de personal de planta y en las instalaciones del Hospital San Francisco de forma personal, continua, subordinada y permanente.
6. Que para la realización de sus funciones el demandante recibía órdenes de manera directa en especial de los jefes del área de archivo clínico y estadística y los epidemiólogos, quienes le imponían el horario de trabajo, le suministraban los elementos necesarios para desarrollar sus labores y le impartían las órdenes de manera verbal o por escrito, colocando al actor a disposición de la entidad demandada.
7. Que el actor debía cumplir con un horario de trabajo impuesto por el jefe de personal, el cual era de siete de la mañana a doce del medio día y de dos a seis de la tarde de lunes a jueves y los viernes de siete a doce y de dos a cinco de la tarde y para poder ausentarse de su sitio de trabajo debía pedir permiso por escrito al jefe de personal.
8. Que el demandante fue despedido sin una justa causa legal comprobada, cuando aún subsistían las causas que originaron su contratación, de tal suerte que otros empleados llegaron a continuar ejerciendo las mismas funciones que este desempeñaba.
9. Que para el despido del demandante se hizo uso de la figura de liquidación de la planta temporal cuando subsistían las causas que lo habían originado.
10. Que el día 01 de abril de 2017 cuando el actor se presentó a su sitio de trabajo no se le permitió el ingreso ni se le notificó resolución alguna sobre la terminación de su vínculo contractual.
11. Que las funciones desempeñadas por el demandante no tenían el carácter de temporales sino permanentes y fueron realizadas en desarrollo del objeto social del hospital.

El hecho 16 constituye una apreciación subjetiva del apoderado del extremo demandante.

3. Contestación de la Demanda.

3.1. Unidad de Salud de Ibagué E.S.E (Fol. 001. Pág. 148 y s.s. Cuaderno Principal Tomo I):

La entidad demandada a través a de apoderada judicial, y dentro del término legal contestó la demanda, manifestando que se opone a la totalidad de las pretensiones, respecto a los hechos relaciona que algunos son ciertos, otros no son ciertos, y otros no le constan.

Además refiere que el artículo 34 del CST subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, permite de forma expresa la utilización de contratistas independientes sin limitación alguna, por lo que la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia avala la figura del contratista independiente aún para actividades propias y ordinarias de la entidad contratante, por lo que la tercerización de servicios se presta bajo cuenta, costo y riesgo del que brinda los mismos, es decir, del contratista.

Descendiendo al caso concreto indicó que se encuentra acreditado que el Hospital San Francisco E.S.E en los procesos de afiliación de los asociados de las CTA y los empleados de sus contratistas jamás intervino, que en el ejercicio de la potestad disciplinaria de los trabajadores asociados a las cooperativas y empleados de las sociedades comerciales contratistas siempre fue direccionado directamente por aquellas y que no existe ningún direccionamiento de los servidores públicos del Hospital San Francisco con el demandante.

Formuló como excepciones las que denominó *prescripción de los derechos reclamados*.

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 04 de diciembre de 2017, correspondió su reparto a este Juzgado (Fol. 01 Pág. 77) , quien mediante auto de fecha 20 de marzo de 2018, una vez subsanadas las falencias advertidas en el auto inadmisorio de fecha 19 de febrero de 2018 (Fol. 01 Pág. 79 y s.s.), procedió a admitir la demanda, ordenando notificar a la entidad demandada, a la ANDJE y al Ministerio Público (Fol. 001 Pág. 86 y s.s.).

Una vez notificada la Entidad demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fol. 01 Pág. 138 y s.s.), dentro del término de traslado de la demanda, la Unidad de Salud de Ibagué contestó la demanda, formuló excepciones y allegó las pruebas que pretende hacer valer (Fols. 001 Pág. 148 y s.s.).

Luego, mediante providencia del 31 de octubre de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (Fol. 002 Pág. 454), la cual se llevó a cabo el día 10 de febrero de 2020 (Fol. 002 Pág. 463 y s.s.), agotándose en ella la totalidad de las instancias en legal forma.

Por encontrarse necesaria la práctica de pruebas, se fijó fecha para la realización de la diligencia de que trata el artículo 181 del CPACA (Fol. 003), la cual, se reprogramó mediante proveído de fecha 16 de octubre de 2020 (Fol. 013) y se llevó a cabo el día 10 de febrero de 2021 (Fol. 015). Por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso

final del artículo 181 del CPACA, se ordenó a las partes presentar por escrito sus alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la realización de la diligencia.

5. Alegatos de las Partes.

5.1. Parte demandante

Guardó silencio.

5.2 Parte demandada (Fol. 017 expediente digitalizado)

Por conducto de su apoderado judicial, la entidad indicó que en el proceso judicial no se acreditó la existencia de una relación laboral en los extremos temporales señalados, debido a que en el plexo tan solo se demostró la prestación personal del servicio y la remuneración, es decir, que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que pretende hacer creer la parte demandante.

Señala a su vez, que del material probatorio allegado a la actuación no se encuentra demostrado que la actividad del demandante estuviere precedida de órdenes permanentes o instrucciones continuas por parte de funcionarios del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué.

Indica también, que se encuentra acreditado que nunca le fueron enviados directamente al demandante memorandos, circulares, requerimientos o cualquier otro documento que establezca que éste se encontraba bajo la autoridad sistemática, permanente y continua de algún mando institucional de la Entidad demandada.

Termina por manifestar, que dentro del presente asunto no se demostró el cumplimiento de los requisitos para causarse el derecho a la pensión sanción, los cuales, se encuentran consagrados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en tanto, no fue despedido, ni se omitió el pago de sus aportes al sistema general de seguridad social y mucho menos prestó sus servicios subordinados y dependientes al Hospital San Francisco E.S.E durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años continuos o discontinuos posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

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 de una entidad estatal, por la naturaleza del medio de control, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, todo ello conforme a lo prescrito en los artículos 104, 155-2 y 156-3 del C.P.A.C.A.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En armonía con la fijación del litigio realizada en diligencia de audiencia inicial, el Despacho debe establecer, *“si entre el demandante y el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué hoy Unidad de Salud de Ibagué, existió una relación laboral asimilable a una vinculación legal y reglamentaria que se extendió dentro del periodo comprendido entre el 05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2013, habiendo lugar al reconocimiento de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de navidad, dejadas de percibir durante el mismo lapso, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho”*.

3. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Se trata del **Oficio No. 19-024 de fecha 15 de agosto de 2017**, suscrito por la Gerente del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, por medio del cual, se negó el reconocimiento y pago de los derechos laborales que se alegan, así como el reconocimiento de la pensión sanción.

4. TESIS PLANTEADAS

4.1. Tesis de la Parte Demandante

Refiere que entre el demandante y el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué hoy Unidad de Salud de Ibagué E.S.E, existió una relación laboral comprendida entre el 05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2013, razón por la cual se debe declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, y a manera de restablecimiento acceder a pretensiones plasmadas en el escrito de la demanda.

4.2. Tesis de la parte demandada- Unidad de Salud de Ibagué E.S.E

Señaló que, de conformidad a lo probado dentro del proceso, se puede establecer que la relación que existió entre el señor Luis Enrique Torres Rebolledo y la entidad demandada conducen a afirmar que no están dados los presupuestos para que se reconozca vínculo laboral entre estos, por no encontrarse acreditado el requisito de la subordinación.

5. TESIS DEL DESPACHO

La tesis que sostendrá el Despacho en el sub lite es que si bien existen los elementos de juicio para considerar que se encuentra desnaturalizada la relación contractual del demandante con la demandada, se encuentra configurado el fenómeno jurídico de la prescripción.

6. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO

En primer lugar, es preciso advertir que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, se han reconocido tradicionalmente tres formas de vinculación con el Estado; **i)** a través de una **relación legal y reglamentaria** – el cual comprende la regla general – que corresponde a la forma de vinculación de los empleados públicos, a través de un acto administrativo de nombramiento y posesión; **ii)** a través de un **contrato laboral** que en concreto corresponde a la forma más común de vinculación de la categoría denominada trabajadores oficiales, y **iii)** por medio del **contrato de prestación de servicios**, la que corresponde a una de las formas excepcionalmente admitidas para la vinculación con la Administración, y que autorizada por la Ley 80 de 1993, solo debe operar bajo supuestos específicos y concretos, con la característica principal de la temporalidad.

• EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

“3. 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”.

Los contratos de prestación de servicios suscritos con las entidades estatales, han generado significativos debates judiciales, provocando, entre otros, el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en sentencia C- 154 de 1997, en la cual, luego de analizar las características del contrato de prestación de servicios y de la vinculación de carácter laboral, se establecen las diferencias de ambas figuras en los siguientes términos:

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales –contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

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.”

Según lo plasmado por el máximo órgano de carácter Constitucional, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran la existencia en su ejecución, de los tres elementos que caracterizan una relación laboral, resaltándose como fundamental **la comprobación de la subordinación o dependencia con la entidad** empleadora, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de nuestra Carta Magna, independientemente de la denominación que se le haya dado a dicha relación.

En ese orden de ideas concluye también que la configuración de relación laboral a partir de un contrato de prestación de servicios da lugar al reconocimiento de prestaciones sociales con base en el mismo.

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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”. (Subrayas fuera de texto)

La H. Corte Constitucional en su sentencia **C-614 de 2009**, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año y señaló que la permanencia es un elemento adicional para establecer la existencia de una relación laboral.

El artículo en examen de constitucionalidad en ese pronunciamiento señala expresamente:

“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”.

Esta disposición fue reiterada en el artículo 7° del Decreto 1950 de 1973 en cual se prevé que:

“(…), 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.

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”.

- **Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios**

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir al contrato de prestación de servicios en los casos y para los fines establecidos en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, también se han dispuesto limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

- a) La prevista en el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que **“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 (…)** 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” (Resaltado fuera del texto).
- b) La Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (Subrayado fuera del texto).

- c) La Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48 como falta gravísima:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico estableció la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines dispuestos en el estatuto de contratación estatal.

- **Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios**

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado¹.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza “...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”. De ahí que se decida proteger a las personas que, bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios, cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional,

¹ Ibídem.

independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la *permanencia*, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia² para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios, una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

El Consejo de Estado, en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, en la cual efectuó un análisis sobre la forma de vinculación de los empleados públicos, ha precisado que:

*“(...) para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”.*

Así es dable concluir que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional³.

Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...”

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”⁴.

Sin embargo, en sentencia de **25 de agosto de 2016**, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

“Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...)

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de

³ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.
(...)

“En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios”.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”⁵

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, se debe acudir a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quién debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones que están a **cargo directamente del empleador** se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras **las primas y las cesantías**; por otra parte, las **prestaciones sociales que están a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social** son la **salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar**, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

En el evento de que exista un contrato de trabajo o que se posea la calidad de servidor público, la cotización al sistema de riesgos profesionales y del subsidio familiar debe realizarse por el empleador; mientras que a los sistemas de pensión y salud las cotizaciones deben efectuarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso.

Teniendo claro lo anterior, la Sección Segunda ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los Sistemas de Seguridad. Al respecto se estableció lo siguiente:

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”⁶.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.

En síntesis:

En el propósito de desvirtuar la existencia de contratos de prestación de servicios con el fin de configurar la existencia de relación laboral, le corresponde a la parte actora demostrar, además de los elementos constitutivos de la relación laboral, **la permanencia**, es decir que la labor contratada sea inherente al objeto social de la entidad por lo que debe cumplirse de manera continua e ininterrumpida y **la equidad o similitud**, en relación con las actividades y funciones cumplidas por los empleados de planta en relación con las actividades contratadas.

Se concluye entonces que, si bien es cierto, en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 se prevé la posibilidad para las entidades públicas de acudir a la contratación de prestación de servicios cuando así se requiera, también lo es que, el uso de esa figura debe cumplir ciertas condiciones para evitar que se incurra en un abuso, cuyas consecuencias, normalmente recaen sobre los derechos laborales del contratista utilizado para incurrir en esa irregularidad.

Así pues, cuando las dificultades probatorias impidan discernir de manera incuestionable, la existencia de subordinación en la ejecución de un vínculo iniciado con base en un contrato de prestación de servicios, ya sea por la ambigüedad en las pruebas allegadas o por la confusión que esas pruebas generan con el ejercicio de actividades de coordinación, también puede acudirse al examen de las condiciones de permanencia y similitud del objeto contratado, en relación con las funciones misionales de la entidad contratante y las labores cumplidas por los empleados públicos de esa entidad que atienden dicha función misional, para establecer si tal contrato esconde una verdadera relación laboral, en los términos del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, lo que hace procedente entonces el reconocimiento de las prestaciones sociales correspondientes al titular de esa relación laboral revelada a título de restablecimiento del derecho, pues no obstante haberse desnaturalizado el contrato controvertido, ello no le otorga a esa persona, el carácter de empleado público, por lo que tal reconocimiento jamás puede dar lugar a que se ordene su reintegro.

Esta situación surge, de otra parte, de la incursión por parte de la entidad contratante, en esta situación en particular, en la prohibición establecida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y en el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, antes citados, en relación con la contratación de servicios profesionales para el cumplimiento de funciones misionales, prohibiciones que se encuentran vigentes y que, restringen en forma tácita, el alcance y la aplicación del inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, deben examinarse en cada caso en concreto, 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.

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 26°.- 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.”

Finalmente, la evolución jurisprudencial aterriza el tema en la sentencia unificadora **SUJ-025-CE-S2-2021** del 9 de septiembre de 2021, de la siguiente manera:

*“(…) el **artículo 53** constitucional consagra los derechos fundamentales de los trabajadores, recogiendo como tales, los siguientes: i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; vii) **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; viii) garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, y; ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*74. En términos generales, la finalidad de este articulado no es otra que la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores y su garantía. Por lo tanto, **toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista.** (…)*

(…) 81. Retornando al ordenamiento nacional, en la misma línea se encuentra el artículo 122 de la Constitución, que al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales. (…)

(…) 83. A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado. (…)

(…) 95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.¹⁴ (...)”

En relación con el derecho a las prestaciones sociales que se derivan de la relación laboral que llegare a declararse, dicho reconocimiento está sujeto a la comprobación de las circunstancias de ejecución de los contratos suscritos, para establecer si a la luz de una relación laboral hubo solución de continuidad de la relación o si se trata de un periodo permanente y continuo.

Así las cosas, deben examinarse en cada caso en concreto, 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.

Respecto al uso de esta figura como modalidad de vinculación laboral por parte de las entidades públicas, en la sentencia de unificación **SUJ-025-CE-S2-2021** adiada el 9 de septiembre de 2021 se dijo lo siguiente:

“(...) 66. A pesar de las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en «el uso indiscriminado»² de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido. Tanto es así, que el Alto tribunal ha llegado a señalar en algunos fallos de tutela que la Administración «viola sistemáticamente a la Constitución» cuando emplea de forma excesiva este tipo de contratos, pues «desconoce las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra». (...)

(...) 69. Si se comparan, no existe gran diferencia entre el contrato de prestación de servicios (que oculta una relación laboral) y el empleo encubierto que define en este caso la OIT. Al igual que este, presenta «una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley»;³ una práctica contractual que se ve favorecida por la ambigüedad de las obligaciones de las partes interesadas, o «cuando existen vacíos o insuficiencias en la legislación, inclusive con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones jurídicas».⁴

70. De ahí que en el escenario nacional, y, particularmente, en el caso del contrato de prestación de servicios, la proliferación de demandas que alegaban el ocultamiento de relaciones laborales obligó a esta jurisdicción a desarrollar el concepto del «contrato realidad», con sustento en el artículo 53 de la Constitución Política, estableciendo la primacía de la situación fáctica objetiva sobre el nomen iuris que se le hubiera aplicado. Un criterio que ya venía consolidado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en innumerables fallos de tutela, que, hasta la fecha, no ha modificado,

pues sigue evidenciando esta mala práctica en la Administración, hasta el punto de exhortarla a prescindir de ella y a encaminarse hacia un uso estricto del contrato. Infortunadamente, estas solicitudes, en la mayoría de las ocasiones, han resultado infructuosas. (...)”

La misma sentencia de unificación, consideró como características del contrato estatal de prestación de servicios, las siguientes:

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

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».⁵

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».⁶

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.⁷

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

6.3. Marco normativo y jurisprudencial de las Cooperativas de Trabajo Asociado

Encuentran su regulación legal en el artículo 70 de la Ley 79 de 23 de diciembre de 1988 *"Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa"*, que las define 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."*

Ha sido por demás reiterativa la postura de del Honorable Consejo de Estado en afirmar, que les está prohibido a estas cooperativas de trabajo asociado actuar como empresas de intermediación laboral⁷:

⁷ Sentencia del 12 de diciembre de 2017 radicación número 76001-23-31-000-2011-00824-01 M.P. Sandra Lisett Ibarra

“En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de stirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados y, por ello, la normativa consagró la prohibición de que actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios”

Por su parte, la Sub sección A de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, señaló el siguiente derrotero⁸:

“De la cita anterior se colige que la finalidad, estructura y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y por consiguiente, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos laborales constitucionalmente protegidos. Es decir, que el trabajo asociado 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.

Luego entonces, 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. “subrayas fuera de texto)

• LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

El marco normativo de las empresas de servicios temporales está contenido en la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990⁹ y el Decreto 24 de 1998¹⁰, modificado por el Decreto 503¹¹ de esa misma anualidad.

Es así como en el artículo 71 de la prenotada Ley 50 de 1990, definió lo que es una Empresa de Servicios Temporales en los siguientes términos:

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

Así mismo, en el artículo 74 ibídem, consagra la clasificación de los trabajadores de

⁸ Sentencia del 5 de noviembre de 2020 radicación número: 76001-23-31-000-2011-01043-01 (1688-18) M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

⁹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

¹¹ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales

dichas empresas de la siguiente manera:

“Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”

De acuerdo con la normatividad referenciada en precedencia, las empresas de servicios temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Con esta modalidad de trabajo surgen también una serie de vínculos jurídicos entre los involucrados, es decir, entre el tercero beneficiario o empresa usuaria, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales, que se pueden reseñar de la siguiente forma:

a) La primera, es la relación jurídica existente **entre la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión** que lleva a cabo la prestación personal del servicio, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo¹².

Y en lo que respecta al salario a devengar por parte de los trabajadores en misión, la norma señala que “... los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario **equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad**”, así como los beneficios que la usuaria tenga en materia de transporte, alimentación y recreación¹³.

b) Entre la **Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria**, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad, a saber:

“Artículo 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:

1. Constar por escrito.
2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.
3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.

¹² Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral, así como lo establecido en la presente ley.

¹³ Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente ley.”

c) Y por último, entre la **empresa usuaria y el trabajador en misión** no se genera relación laboral, al no existir entre la empresa usuaria y el trabajador temporal contrato alguno, dado que entre la E.S.T. y el trabajador en misión se configura un contrato laboral, constituyéndose la Empresa de Servicios Temporales en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y por ende, asumiendo el pago de las prestaciones sociales que por ley tiene derecho el trabajador en misión.

A su turno, el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo señala lo siguiente:

Artículo 2.2.6.5.6. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.

(Decreto número 4369 de 2006, artículo 6°)”

De ésta forma, conforme a lo determinado en el artículo 53 de la Constitución Política deberá prevalecer la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, pues de ésta 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”¹⁴. 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”¹⁵.

Luego independientemente 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

¹⁴ Sentencia T-616 de 2012.

¹⁵ Sentencia C-1109 de 2005. Cfr. Sentencia T-616 de 2012

de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, **el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.**

Así las cosas, deben examinarse en cada caso en concreto, 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, por lo cual le corresponde a la parte demandante, en aplicación del principio de la carga de la prueba, allegar al proceso las respectivas pruebas que demuestren los tres elementos mencionados, para la prosperidad de sus pretensiones.

7. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

7.1. Prueba Documental

1. Derecho de Petición presentado por el demandante a través de apoderado ante la Entidad demandada el día 21 de julio de 2017, a través de la cual, solicita el pago de los siguientes derechos de carácter laboral:
 - Auxilio de cesantías desde el 5 de junio de 2004 hasta el 31 de octubre de 2013.
 - Prima de servicios desde el 5 de junio de 2004 hasta el 31 de octubre de 2013.
 - Intereses a las cesantías desde el 5 de junio de 2004 hasta el 31 de octubre de 2013.
 - Prima de vacaciones desde el 5 de junio de 2004 hasta el 31 de octubre de 2013.
 - Prima de navidad desde el 5 de junio de 2004 hasta el 31 de octubre de 2013.
 - Intereses a las cesantías relativas al año 2016 y hasta el 31 de marzo de 2017 debidamente indexados.
 - Indemnización por despido injustificado o terminación unilateral del contrato de trabajo.
 - Plazo presuntivo del contrato de trabajo.
 - Sanción por no consignación oportuna de las cesantías.
 - Indemnización moratoria.
 - Pensión sanción (Fol. 001 Pág. 28 a 32 Exp. Digitalizado).
2. Oficio No. 19-024 del 15 de agosto de 2017, mediante el cual, la Gerente del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, despacha de manera desfavorable la petición presentada por el demandante (Fol. 001 Pág. 33 a 34 Exp. Digitalizado).
3. Oficio S/N de fecha febrero de 2017, mediante el cual, se comunica al demandante que la vigencia de la Planta Temporal en la cual había sido

nombrado tenía fecha de terminación el día 31 de marzo de 2017, por lo cual, su vinculación con el Hospital terminaría en la misma fecha (Fol. 001 Pág. 35 y 266 Exp. Digitalizado).

4. Resolución No. 340 del 31 de octubre de 2013, mediante la cual, se nombra al señor Luis Enrique Torres Rebolledo en el empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 de la Planta Temporal del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué por el término de 12 meses con vigencia a partir del 01 de noviembre de 2013 (Fol. 001 Pág. 36 a 38 Exp. Digitalizado).
5. Acta de posesión No. 136 del señor Luis Enrique Torres Rebolledo como auxiliar administrativo código 407 grado 06 de fecha 31 de octubre de 2013 (Fol. 001 Pág. 39 y 64 Exp. Digitalizado).
6. Resolución No. 407 del 30 de octubre de 2014, mediante la cual, se nombra al señor Luis Enrique Torres Rebolledo en el empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 06 de la Planta Temporal del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué por el término de 12 meses con vigencia a partir del 01 de noviembre de 2014 (Fol. 001 Pág. 40 a 41 Exp. Digitalizado).
7. Acta de posesión del señor Luis Enrique Torres Rebolledo como auxiliar administrativo código 407 grado 06 de fecha 01 de noviembre de 2014 (Fol. 001 Pág. 42 Exp. Digitalizado).
8. Constancia de fecha 17 de abril de 2017 suscrita por el profesional universitario de talento humano del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, según la cual, el señor Luis Enrique Torres Rebolledo laboró para dicha entidad desde el día 01 de noviembre de 2013 y hasta el día 31 de marzo de 2017, desempeñándose como Auxiliar Administrativo- Archivo Clínico, por modalidad planta temporal, desarrollando las funciones que allí se detallan (Fol. 001 Pág. 43 a 44 y 61 a 62 Exp. Digitalizado).
9. Oficio S/N de fecha 03 de abril de 2017, mediante el cual, se notifica al demandante la fecha y lugar de realización del examen ocupacional de egreso y el proceso de entrega del cargo (Fol. 001 Pág. 48 y 65 Exp. Digitalizado).
10. Oficio S/N de fecha 20 de abril de 2012, mediante el cual, la Gerente de SURGIMOS CTA le informa al demandante que el acto cooperativo suscrito como Auxiliar Administrativo- Archivo y dicha cooperativa, se da por terminado el 20 de abril de 2012, el cual, no será renovado (Fol. 001 Pág. 49 Exp. Digitalizado).
11. Oficio S/N de fecha 20 de enero de 2012, mediante el cual, la Gerente de SURGIMOS CTA le informa al demandante que el acto cooperativo suscrito como Auxiliar Administrativo- Archivo y dicha cooperativa, se da por terminado el 31 de enero de 2012, el cual, no será renovado (Fol. 001 Pág. 50 Exp. Digitalizado).

12. Oficio S/N de fecha 15 de agosto de 2012, mediante el cual, el Jefe de Relaciones Laborales de IMS S.A. le informa al demandante que su contrato de trabajo por obra o labor se dará por terminado el día 31 de agosto de 2012 debido a la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado en beneficio de la empresa usuaria Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué (Fol. 001 Pág. 51 Exp. Digitalizado).
13. Oficio S/N de fecha 28 de diciembre de 2011, mediante el cual, la Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira informa al demandante que el vínculo establecido en el Contrato de Asociación terminaría el día 31 de diciembre de 2011 (Fol. 001 Pág. 53 Exp. Digitalizado).
14. Certificación suscrita por el Jefe de relaciones laborales de Temporales UNO A S.A. expedida el día 24 de octubre de 2013, según la cual, el demandante laboraba para dicha empresa como empleado en misión del Hospital San Francisco E.S.E mediante contrato por obra o labor durante los siguientes periodos: del 01/08/2013 a la actualidad, desde el 21/02/2013 al 30/07/2013 y desde el 01/01/2013 al 20/02/2013 y desde el 01/09/2012 al 30/12/2013 (Fol. 001 Pág. 55 a 57 Exp. Digitalizado).
15. Certificación suscrita por la Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira de fecha 23 de febrero de 2012, según la cual, el demandante laboró en calidad de trabajador asociado desde el 1 de noviembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011 (Fol. 001 Pág. 59 Exp. Digitalizado).
16. Oficio S/N de fecha 16 de diciembre de 2011, mediante el cual, la Coordinadora Administrativa de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira le informa al demandante que según lo establecido por el Jefe de Talento Humano y Supervisor del Contrato con el Hospital San Francisco a partir del 14 de diciembre debía realizar el censo diario de pacientes del servicio de urgencias, sala de partos, sala general, pediatría, ginecología, realizando informes semanales (Fol. 001 Pág. 60 Exp. Digitalizado).
17. Hoja de vida del demandante (Fol. 001 Pág. 167 a 265 y 269 a 283 Exp. Digitalizado).
18. Certificación de fecha 27 de abril de 2017 suscrita por la secretaria de gerencia del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, según la cual, los días 27 y 28 de febrero de 2017 fue comunicada la terminación de la planta temporal a los 99 funcionarios del Hospital (Fol. 001 Pág. 267 a 268 Exp. Digitalizado).
19. Constancia suscrita por el Profesional Universitario de Talento Humano del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué de fecha 08 de octubre de 2014, según la cual, el demandante prestó sus servicios desde el 01 de noviembre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2014, desempeñándose como Auxiliar Administrativo (Archivo Clínico) por modalidad de planta temporal (Fol. 001 Pág. 293 a 294 Exp. Digitalizado).

20. Memorando No. 94 de fecha 28 de noviembre de 2016 suscrito por el Profesional Universitario de Talento Humano del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, mediante el cual, se informa al demandante que mediante Resolución no. 264 del 01 de noviembre de 2016, se le concedieron 15 días hábiles de vacaciones por el periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 2015 al 31 de octubre de 2016 para disfrutar del 05 al 26 de diciembre de 2016 (Fol. 001 Pág. 298 Exp. Digitalizado).
21. Certificación de afiliación a Comfenalco Tolima (Fol. 001 Pág. 304 Exp. Digitalizado).
22. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y Temporales Uno- A (Fol. 001 Pág. 307 a 323, Fol. 002 Pág. 001 a 49 y Fol. 002 Pág. 247 a 292 Exp. Digitalizado).
23. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y T&S TEMPORALES Y SISTEMPORA LTDA (Fol. 002 Pág. 51 a 109 y 175 a 229 Exp. Digitalizado).
24. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y SERVICIOS TEMPORALES COMBEIMA LTDA (Fol. 002 Pág. 111 a 174 Exp. Digitalizado).
25. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y COMPAÑÍA DE EMPLEOS TEMPORALES DEL TOLIMA LIMITADA CETA (Fol. 002 Pág. 230 a 242 Exp. Digitalizado).
26. Certificación suscrita por el profesional Universitario de Recursos Humanos del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué de fecha 12 de septiembre de 2007, según la cual, la Compañía de Empleos Temporales del Tolima CETA LTDA, prestó sus servicios con personal en misión en las diferentes áreas del Hospital durante el mes de agosto de 2007 (Fol. 002 Pág. 244 Exp. Digitalizado).
27. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y la Cooperativa de Trabajo Asociado SEFIRA (Fol. 002 Pág. 293 a 323 y 342 a 363 Exp. Digitalizado).
28. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y la Unión Temporal SEFIRA 2009 (Fol. 002 Pág. 324 a 330 Exp. Digitalizado).
29. Certificación suscrita por el profesional Universitario de Recursos Humanos del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué de fecha 30 de mayo de 2011, según la cual, la Cooperativa de Trabajo Asociado SEFIRA, prestó sus servicios en las diferentes áreas del Hospital durante el mes de abril de 2011 (Fol. 002 Pág. 333 Exp. Digitalizado).

30. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y la Empresa de Servicios Especiales para Empresas y Cia LTDA SESPEM LTADA (Fol. 002 Pág. 379 a 430 Exp. Digitalizado).

31. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital San Francisco y la Cooperativa de Trabajo Asociado Surgimos (Fol. 002 Pág. 432 a 450 Exp. Digitalizado).

7.2. Testimoniales

- Se recepcionó el testimonio del señor **JORGE HUMBERTO BAUTISTA RIVEROS, compañero de trabajo del demandante en el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué**, quien a las preguntas formuladas contestó:

“PREGUNTADO: Sabe por qué se encuentra rindiendo esta declaración?

CONTESTÓ: Estoy sirviendo de testigo al señor Luis. **PREGUNTADO:**

Usted sabe los nombres completos y apellidos del señor Luis?

CONTESTÓ: Luis Enrique no me acuerdo bien el apellido ahorita, si lo conozco hace muchos años en el Hospital. **PREGUNTADO:** En relación con el señor Luis Enrique qué nos puede decir, a qué se dedica él o cómo lo conoció?.

CONTESTÓ: Cuando yo entré a trabajar en el 2008 él ya laboraba en el Hospital en el San Francisco, en la oficina de él o donde él mantenía era en el archivo de historias clínicas. **PREGUNTADO:** Usted nos indica que cuando entró a laborar en el 2008 el señor Luis Enrique ya estaba allí en el Hospital San Francisco, sí?

CONTESTÓ: Si señora. **PREGUNTADO:** Hasta qué momento lo conoció laborando allí?

CONTESTÓ: Pues como a todos en el año 2017, todos los que estábamos, estábamos en planta temporal, hasta ahí fue que trabajamos juntos, hasta esa fecha. **PREGUNTADO:** Hasta 2017? **CONTESTÓ:** Hasta marzo de 2017 que nos sacaron a todos. **PREGUNTADO:** Entre el 2008 y el 2017 qué hacía el al interior del Hospital San Francisco?

CONTESTÓ: El trabajaba en el archivo de historias clínicas. **PREGUNTADO:** Todo el tiempo desempeñó esa labor? **CONTESTÓ:**

*Desde que yo lo conocí siempre estuvo en esa misma área, en ninguna otra parte más. **PREGUNTADO:** Usted sabe cómo fue la vinculación de él para ejercer esa labor? **CONTESTÓ:** Cuando yo entré al Hospital, yo entré también como prestación de servicios, yo se que él una parte estuvo por prestación de servicios por cooperativas y otros estábamos por prestación de servicios, creo que él en ese momento estaba por prestación de servicios con cooperativas. **PREGUNTADO:** Qué labor desempeñaba usted específicamente allí?.*

CONTESTÓ: Yo trabajaba en el área de farmacia del Hospital San Francisco. **PREGUNTADO:** Usted sabe qué horario cumplía el señor Luis Enrique?.

CONTESTÓ: Ellos si tenían horario de oficina de 7 a 12 y de 2 a 6, era el horario de ellos normal de oficina de todo el Hospital. **PREGUNTADO:** Usted mencionó que él se encargaba de la historia clínica, a él alguien le debía decir quién debía recoger la historia clínica o él cómo hacía para realizar sus funciones?

CONTESTÓ: Yo sé que el jefe principal de él era el doctor Álvaro Bernal el del área de personal y él dependía de otro señor que era como el jefe de epidemiología que era el jefe inmediato más cercano a él y le rendía los informes. **PREGUNTADO:** Usted sabe si el señor Luis Enrique podía desempeñar sus funciones desde la casa o desde otro sitio que no fuera el Hospital? **CONTESTÓ:** No señora, todo era presencial, tenía que cumplir un horario para poder desarrollar la actividad. **PREGUNTADO:** Si el deseaba ausentarse, él debía comunicarlo o podía hacerlo a su libre disposición? **CONTESTÓ:** Cualquier permiso para nosotros debía dirigirse a su jefe inmediato o sino con Álvaro Bernal que era el jefe de personal. **PREGUNTADO:** Sírvase por favor aclarar de manera expresa en qué fecha usted ingresó a laborar al Hospital San Francisco. **CONTESTÓ:** Agosto de 2008. **PREGUNTADO:** Es decir que del 01 de agosto para atrás usted no laboraba en el Hospital? **CONTESTÓ:** No señor. **PREGUNTADO:** Sírvase informar si usted ha iniciado en contra del Hospital San Francisco hoy Unidad de Salud de Ibagué, algún tipo de acción judicial, en caso de ser cierto sírvase informar cuales fueron los resultados de la misma. **CONTESTÓ:** Si, yo tengo un proceso con el Hospital San Francisco y hasta el momento no me han definido todavía la situación, ya presenté, así como en esta audiencia, pero no ha salido el fallo todavía. **PREGUNTADO:** Sírvase informar en qué área laboraba el demandante. **CONTESTÓ:** Archivo de historias clínicas. **PREGUNTADO:** Sírvase informar usted en qué área laboraba. **CONTESTÓ:** En el servicio de farmacia. **PREGUNTADO:** Sírvase informar o explíqueme a la administración de justicia, si usted trabajaba en un sitio distinto al del demandante, usted vio u observó cuando según su dicho algún funcionario del hospital san francisco le daba órdenes, le daba instrucciones o le imponía reglamentos?. **CONTESTÓ:** Eso no es lógico no lo puedo ver pero de todos modos todos nos debíamos a una persona que es el jefe de todo el hospital y todos tenemos conexiones entre nosotros, todos tenemos el mismo direccionamiento hacia el jefe de personal. **PREGUNTADO:** La pregunta fue clara, usted vio cuando le daban órdenes o no vio? **CONTESTÓ:** Pues como lo voy a ver si estamos en diferente área. **PREGUNTADO:** Por eso, trabajan en diferente área, es que usted dijo a la administración de justicia que usted sabe que le daban órdenes. **CONTESTÓ:** Todos debemos a un jefe de personal, fue lo que dije yo, y todos cumplimos un horario. **PREGUNTADO:** Pero usted vio o no vio que le daban ordenes? **CONTESTÓ:** No, pero en momentos se encuentra uno en un sitio y se da cuenta que el jefe da direccionamiento a unas personas. **PREGUNTADO:** Pero en este caso hablemos del demandante como tal por favor, en este caso por favor simplemente, la respuesta si o no, recibió que tipo de órdenes. **CONTESTÓ:** No”.

8. Cuestión previa

Antes de referirnos concretamente a las pruebas testimoniales practicadas dentro del presente trámite procesal, el Despacho procede a pronunciarse sobre la tachada por

imparcialidad que el apoderado de la entidad demandada propuso sobre el testimonio de **JORGE HUMBERTO BAUTISTA RIVEROS**, testigo que fue llamado por la parte demandante.

Dicha tacha la sustentó alegando que, “el testigo es demandante en otro proceso judicial que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa”.

Respecto a la tacha por imparcialidad el artículo 211 del Código General del Proceso, preceptúa:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Teniendo en cuenta el anterior precepto legal, entraremos a estudiar las características del testigo sobre el cual recae la tacha propuesta.

El señor **JORGE HUMBERTO BAUTISTA RIVEROS**, concurrió al estrado judicial llamado por la parte demandante, en calidad de ex empleado de la entidad demandada y ex compañero del demandante; es decir los testigos no tienen parentesco, dependencia, relación sentimental o de cualquier otra índole con el demandante o su apoderado judicial; además el antecedente referido por el apoderado de la entidad demandada, que señala que el testigo tiene un proceso en curso en otro juzgado de esta misma jurisdicción, el cual versa sobre las mismas pretensiones y el mismo objeto, no es una causal que permita deducir que el testigo pueda verse privilegiado si el fallo es favorable a la parte demandante dentro del presente medio de control, teniendo en cuenta que es improbable que la decisión de un juzgado se sustente sobre los argumentos de la sentencia de otro de la misma jerarquía, cuando los fundamentos en estas instancias siempre están apilados en los pronunciamientos de las altas corporaciones, especialmente el de nuestro máximo órgano de cierre como es el H. Consejo de estado. Así, en principio no se afecta su credibilidad o imparcialidad, aunque se debe señalar que el testigo, por lo dicho en su testimonio, es conocido del demandante debido a que laboraron en la misma entidad, lo cual no resulta suficiente para desestimar su declaración.

Sin perjuicio de lo expuesto y teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 211 del C.G. del P., así como los argumentos del profesional del derecho que tachó de imparcial el testimonio del señor **JORGE HUMBERTO BAUTISTA RIVEROS**, el Juzgado valorará con mayor cuidado sus dichos cotejándolos con todo el conjunto probatorio, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Hechas las anteriores precisiones y efectuada la debida relación del material probatorio obrante en el expediente, corresponde al Despacho verificar si en el sub examine, se estructuran o no los presupuestos anteriormente señalados.

9. Caso concreto

Así las cosas, el Despacho procede a determinar, con base en las pruebas documentales y testimoniales decretadas, 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 el demandante con las tareas de los demás empleados públicos de la entidad contratante.

- **De la prestación personal del servicio y la remuneración**

Afirma el extremo demandante que la relación laboral simulada tuvo lugar entre el 05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2013.

Ahora bien, una vez revisado el material probatorio recaudado, en especial, las certificaciones laborales obrantes en la actuación, permiten establecer que el demandante prestó sus servicios al Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué a través de Cooperativas de Trabajo Asociado “CTA” o Uniones Temporales, durante los siguientes periodos:

- Del 01 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2011 a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado SEFIRA (Fol. 001 Pág. 59 y 228).
- Del 01 de mayo de 2012 al 30 de agosto de 2012 a través de IMS S.A (Fol. 01 Pág. 224).
- Del 01 de septiembre de 2012 al 24 de octubre de 2013 a través de la Temporal UNO A S.A (Fol. 001 Pág. 55 y 220).
-

Así las cosas, obra precisar que si bien en el escrito de demanda se afirma que el demandante se vinculó con el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué a partir del 05 de junio de 2004 y hasta el 31 de diciembre a través de contrato de prestación de servicios, la Entidad demandada negó dicho vínculo y no fue aportado por el extremo demandante elemento probatorio alguno que acreditara dicha afirmación.

Igualmente encuentra el Despacho que aunque en el libelo introductorio afirma el extremo demandante que el señor Luis Enrique Torres Rebolledo a partir de enero de 2005 se puso a órdenes de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira, una vez revisada la certificación expedida por dicha Entidad visible a folio 01 Pág. 55 y 220 del expediente, se advierte que en la misma se establece que el vínculo asociativo con el demandante únicamente entre el 01 de noviembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

Sumado a lo anterior, el señor Jorge Humberto Bautista Riveros, quien fue llamado a la presente actuación en calidad de testigo del extremo demandante, afirmó en su declaración rendida ante este Despacho, que únicamente le consta que el demandante prestaba sus servicios para el Hospital San Francisco E.S.E hoy Unidad de Salud de Ibagué E.S.E a partir del año 2008.

En consecuencia, se tiene que el extremo demandante únicamente logró acreditar la vinculación para con la Entidad demandada a través de Cooperativas de Trabajo Asociado a partir del día 01 de noviembre de 2008 y hasta el 24 de octubre de 2013.

Igualmente se encuentra plenamente acreditado que el señor Luis Enrique Torres Rebolledo, se vinculó a la planta temporal del Hospital San Francisco E.S.E. de Ibagué a partir del 01 de noviembre de 2013 y hasta el 31 de marzo de 2017, tal y como da cuenta la certificación visible a folio 01 Pág. 43 del plenario.

En igual sentido, ha de concluirse que recibió una remuneración de carácter económico como contraprestación por los servicios prestados en desarrollo de la relación contractual para la que fue contratado, y que dicha remuneración fue constante y periódica durante el tiempo que perduró su vinculación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado y Uniones Temporales.

- **De la subordinación, dependencia y similitud**

Para probar la subordinación del demandante durante su vinculación a través de Cooperativas de Trabajo o Uniones Temporales, el Despacho y los apoderados de las partes indagaron al testigo de la parte demandante, quien frente a las preguntas formuladas, contestó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Usted sabe que horario cumplía el señor Luis Enrique?.

CONTESTÓ: Ellos si tenían horario de oficina de 7 a 12 y de 2 a 6, era el horario de ellos normal de oficina de todo el Hospital.

PREGUNTADO: Usted mencionó que él se encargaba de la historia clínica, a él alguien le debía decir quién debía recoger la historia clínica o él como hacía para realizar sus funciones?

CONTESTÓ: Yo sé que el jefe principal de él era el doctor Álvaro Bernal el del área de personal y él dependía de otro señor que era como el jefe de epidemiología que era el jefe inmediato más cercano a él y le rendía los informes.

PREGUNTADO: Usted sabe si el señor Luis Enrique podía desempeñar sus funciones desde la casa o desde otro sitio que no fuera el Hospital?

CONTESTÓ: No señora, todo era presencial, tenía que cumplir un horario para poder desarrollar la actividad.

PREGUNTADO: Si él deseaba ausentarse, él debía comunicarlo o podía hacerlo a su libre disposición?

CONTESTÓ: Cualquier permiso para nosotros debía dirigirse a su jefe inmediato o sino con Álvaro Bernal que era el jefe de personal. (...)

PREGUNTADO: Pero usted vio o no vio que le daban órdenes?

CONTESTÓ: No, pero en momentos se encuentra uno en un sitio y se da cuenta que el jefe da direccionamiento a unas personas.

PREGUNTADO: Pero en este caso hablemos del demandante como tal por favor, en este

caso por favor simplemente, la respuesta si o no, recibió que tipo de órdenes.

CONTESTÓ: No”

Sumado a lo anterior reposa a folio 01 pág. 59 del expediente digitalizado una certificación expedida por la Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira, en la cual, se indica que el señor Luis Enrique Torres Rebolledo, en su calidad de Trabajador asociado, desarrolló actividades propias de Auxiliar Administrativo en el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, desde el 01 de noviembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Igualmente, reposa a folio 01 pág. 55 a 57 del expediente digitalizado, una certificación suscrita por el Jefe de Relaciones Laborales de la Unión Temporal UNO-A S.A, en la cual, se especifica que el señor Luis Enrique Torres laboró para dicha Entidad como empleado en misión para el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, en un horario de lunes a jueves de 07:00 am a 12:00 pm y de 02:00 pm a 06:30 pm y los viernes de 07:00 am a las 12:00 pm y de 02:00 pm a 06:00 pm, realizando las siguientes funciones:

1. Asignar número de Historia Clínica a los usuarios.
2. Mantener actualizadas y organizadas las Historias Clínicas de cada uno de los servicios.
3. Entregar Historias Clínicas solicitadas por los servicios en el orden y en el tiempo solicitado.
4. Suministrar las historias clínicas que sean solicitadas para interventoría por el Comité de Historia Clínica y demás entes competentes.
5. Procurar la consecución oportuna de los recursos a su cargo y la racional utilización de los disponibles.
6. Colaborar en las labores de obtención de información básica de utilidad para el desarrollo de las actividades.
7. Promover la interacción entre el servicio de archivo clínico, estadística y el cuerpo médico y enfermería, como así también los demás servicios del Hospital.
8. Recibir al usuario e informarle los trámites necesarios para la atención para la entidad y los servicios de ésta.
9. Recibir, distribuir, actualizar y archivar las historias clínicas y tarjetas que manejen, siguiente el procedimiento establecido y notificar las inconsistencias que se le presenten.
10. Archivar exámenes de laboratorio y otros en la respectiva historia clínica.
11. Llevar registros de egresos hospitalarios.
12. Archivar, retirar y llevar del archivo las historias clínicas para los servicios de la ESE.
13. Archivar, retirar y llevar del archivo las historias clínicas y realizar un informe mensual sobre el control a las mismas.
14. Implementar adecuadamente el Archivo de su dependencia según la Ley General de Archivo.
15. Elaborar los informes que sean requeridos por los diferentes entes de control en las fechas estipuladas referentes a información que es generada desde éste puesto de trabajo.

16. Implementar el modelo estándar de control interno MECI 1000: 2005 y CALIDAD en la ESE Hospital San Francisco ESE de Ibagué.
17. Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades.
18. Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia.
19. Implementar procedimientos de seguridad a fin de garantizar que la información contenida en el software no se altere o desaparezca (copias de seguridad tanto de los aplicativos como de otros archivos en Word, Excel y otros)
20. Desempeñar las demás funciones asignadas por la autoridad competente, las que reciba por delegación y aquellas inherentes a las que desarrolla la dependencia a la profesión del titular de cargo.

A su vez, reposa a folio 001 pág. 224 a 226 del expediente digitalizado, certificación suscrita por el Jefe de Relaciones Laborales de IMS S.A. en la cual, se especifica que el señor Luis Enrique Torres laboró para dicha Entidad como trabajador en servicio para el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, mediante contrato por obra o labor, desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo Archivo Clínico en un horario de lunes a jueves de 07:00 am a 12:00 pm y de 02:00 pm a 06:30 pm y los viernes de 07:00 am a las 12:00 pm y de 02:00 pm a 06:00 pm, realizando las siguientes funciones:

1. Asignar número de Historia Clínica a los usuarios.
2. Mantener actualizadas y organizadas las Historias Clínicas de cada uno de los servicios.
3. Entregar Historias Clínicas solicitadas por los servicios en el orden y en el tiempo solicitado.
4. Suministrar las historias clínicas que sean solicitadas para interventoría por el Comité de Historia Clínica y demás entes competentes.
5. Procurar la consecución oportuna de los recursos a su cargo y la racional utilización de los disponibles.
6. Colaborar en las labores de obtención de información básica de utilidad para el desarrollo de las actividades.
7. Promover la interacción entre el servicio de archivo clínico, estadística y el cuerpo médico y enfermería, como así también los demás servicios del Hospital.
8. Recibir al usuario e informarle los trámites necesarios para la atención para la entidad y los servicios de ésta.
9. Recibir, distribuir, actualizar y archivar las historias clínicas y tarjetas que manejen, siguiente el procedimiento establecido y notificar las inconsistencias que se le presenten.
10. Archivar exámenes de laboratorio y otros en la respectiva historia clínica.
11. Llevar registros de egresos hospitalarios.
12. Archivar, retirar y llevar del archivo las historias clínicas para los servicios de la ESE.
13. Archivar, retirar y llevar del archivo las historias clínicas y realizar un informe mensual sobre el control a las mismas.
14. Implementar adecuadamente el Archivo de su dependencia según la Ley General de Archivo.

15. Elaborar los informes que sean requeridos por los diferentes entes de control en las fechas estipuladas referentes a información que es generada desde éste puesto de trabajo.
16. Implementar el modelo estándar de control interno MECI 1000: 2005 y CALIDAD en la ESE Hospital San Francisco ESE de Ibagué.
17. Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades.
18. Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia.
19. Implementar procedimientos de seguridad a fin de garantizar que la información contenida en el software no se altere o desaparezca (copias de seguridad tanto de los aplicativos como de otros archivos en Word, Excel y otros)
20. Desempeñar las demás funciones asignadas por la autoridad competente, las que reciba por delegación y aquellas inherentes a las que desarrolla la dependencia a la profesión del titular de cargo.

Igualmente, reposa a folio 01 pág. 60 del expediente digitalizado, memorial de fecha 16 de diciembre de 2011, mediante el cual, la Coordinadora Administrativa de la Cooperativa Sefira informa al señor Luis Enrique Torres, que según lo establecido por el Jefe de Talento Humano del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, a partir del 14 de diciembre del mismo año, debía realizar además *“el censo diario de pacientes de los servicios de urgencias, sala de partos, sala general, pediatría, ginecología, realizando informes semanales que debe presentar los días lunes en las horas de la tarde y mensuales los primeros cinco días de cada mes a la oficina de estadística”*.

De lo anterior se desprende, que durante el tiempo en que el demandante prestó sus servicios al Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado y Uniones Temporales antes referidas, se encontraba sujeto a un horario de trabajo establecido a discrecionalidad por la entidad demandada, sin la posibilidad de que él, como trabajador asociado o en misión, pudiera modificarlo unilateralmente, tampoco tenía la posibilidad de modificar la forma o el método de cumplir con el objeto contractual, ya que las directrices para ejecutarlo eran puestas en su conocimiento a través de las Empresas intermediarias pero dadas directamente por las directivas de la Institución Hospitalaria, la entidad facilitaba los medios para ejercer su labor y las funciones eran realizadas directamente en las instalaciones de la Entidad.

En relación con el elemento de la similitud en las tareas realizadas por el accionante con las que realizaba un empleado de planta adscrito a la misma Entidad, que dé cuenta que se encontraban en iguales condiciones laborales para concluir que en efecto si estamos frente a la figura jurídica del contrato realidad, resulta relevante traer a colación el aparte descrito en la Sentencia de Unificación del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA del 09 de septiembre de 2021, que señala:

“107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización

de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad”.

Así las cosas, trayendo los fundamentos jurisprudenciales expuestos en precedencia al campo de lo acontecido dentro del presente asunto encuentra el Despacho, que si bien no se encuentra demostrada la similitud de las funciones que desarrollaba el demandante respecto de los demás empleados vinculados de planta por la entidad, obra señalar, que si bien no se aportó un manual de funciones o un instructivo que devese dicho elemento, si se encuentra debidamente acreditado, que las funciones desarrolladas por el señor Luis Enrique Torres Rebolledo como auxiliar administrativo del Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué, resultaban inherentes al objeto misional de la Entidad – manejo y custodia de historias clínicas-, funciones que fueron realizadas por el demandante a través de intermediación laboral por un lapso aproximado de cinco (5) años, lo que quiere decir, por un término que supera lo que podría considerarse como estrictamente indispensable.

- **De la solución de continuidad**

Una vez definido que dentro del presente asunto se encuentran probados los requisitos necesarios para declarar la configuración de una relación laboral entre el señor Luis Enrique Torres Rebolledo y el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué hoy Unidad de Salud de Ibagué E.S.E, el despacho procederá a verificar si la relación laboral declarada es sin solución de continuidad o si por el contrario entre una y otra vinculación transcurrió un término que permita establecer que las mismas se suscribieron con intervalos de tiempo suficientes para determinar que no existe unidad de vínculo contractual.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación **SUJ-025-CE-S2-2021** del 9 de septiembre de 2021, se ocupó de este tema de la siguiente manera:

“(…) 3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad

(…) 138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte.¹⁵ Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día»,¹⁶ «15 días hábiles»;¹⁷ y, unas menos, hasta

más de un mes inclusive.¹⁸ De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que **la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios.** Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.¹⁹ Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.²⁰

141. De igual manera, para una mayor coherencia del sistema jurídico nacional, y en virtud de los imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos,²¹ esta Sala, acudiendo a un diálogo entre tribunales (o diálogo judicial),²² resalta y acoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la noción de «interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura»,²³ que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente.

142. En ese sentido, respecto de los interregnos «amplios o relevantes» que deben presentarse «entre la celebración de uno y otro contrato»,²⁴ para declarar la solución de continuidad, la Corte Suprema de Justicia, en su respectiva jurisdicción ordinaria laboral, ha considerado, como plazo de interrupción entre contratos, uno semejante al que aquí se formula. Así, en los siguientes términos:

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que **cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales**, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece.²⁵ [Negritas fuera del texto]

143. El mismo criterio lo empleó en la sentencia CSJ SL4816-2015, donde señaló lo siguiente:

*(...) esta Sala de la Corte ha expresado que **las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual**, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que **la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes**, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto **que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio (...)**. [Negrillas fuera del texto]*

144. Como se observa, en la jurisdicción laboral ordinaria se consideran las interrupciones de menos de «un mes», entre contratos sucesivos, como no significativas a efectos de romper la continuidad o unidad del vínculo laboral, por lo que este término resulta cuando menos orientador a efectos de determinar la solución de continuidad en los procesos contencioso-administrativos donde se demanda, precisamente, la declaración de una relación laboral encubierta o subyacente. (...)” (Resalta el despacho).

En aplicación a lo anterior, el despacho procede a verificar los tiempos que transcurrieron entre una y otra vinculación, con el fin de determinar si entre estas existe una interrupción amplia, relevante y de gran envergadura que haya permitido detener la continuidad del vínculo laboral del cual se pretende su declaración. Para lo anterior procederemos a relacionar cada una de las vinculaciones y su duración:

CTA o UT	Inicio	Terminación	Término de Interrupción
SEFIRA CTA	01 de noviembre de 2008	31 de diciembre de 2011	
IMS S.A.	01 de mayo de 2012	30 de agosto de 2012	05 meses
UNO- A S.A.	01 de septiembre de 2012	30 de diciembre de 2012	0 días
UNO- A S.A.	01 de enero de 2013	20 de febrero de 2013	0 días
UNO- A S.A.	21 de febrero de 2013	30 de julio de 2013	0 días
UNO- A S.A.	01 de agosto de 2013	31 de octubre de 2013	1 día

En aplicación a lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación mencionada anteriormente, se tiene que el tiempo que transcurrió entre la vinculación del demandante a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sefira y la Unión Temporal IMS S.A., superó ampliamente el término de treinta (30) días hábiles establecido por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, por lo que la relación laboral tuvo una ruptura, por lo cual, únicamente se puede hablar de una relación laboral simulada sin solución de continuidad en dos periodos uno que va del 01 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y otra entre el 01 de mayo de 2012 y el 31 de octubre de 2013.

Ahora bien, obra señalar, que si bien a partir del 01 de noviembre de 2013 y hasta el 31 de marzo de 2017, el demandante se vinculó al Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué a través de la planta temporal, se tiene que a partir de dicha fecha -01 de noviembre de 2013- al demandante le fueron reconocida la totalidad de sus prestaciones laborales, de tal suerte, que a través del presente asunto únicamente se reclaman las prestaciones causadas entre el 05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2013, es decir, con anterioridad a dicha vinculación.

En consecuencia, no puede tomarse que existió una relación laboral simulada entre el 05 de junio de 2004 y el 31 de marzo de 2017, como pretende el extremo demandante, pues resulta evidente que se trata de dos vinculaciones totalmente distintas no solo en su tipología y denominación, sino en los derechos reconocidos, de tal suerte que el interés a reclamar las prestaciones sociales causadas en virtud de la intermediación laboral, surge justamente en el momento en que cesa la misma, esto es, a partir del 31 de octubre de 2013 y no en fecha posterior.

En consecuencia, en este caso se declarará que la relación laboral que existió entre el señor Luis Enrique Torres Rebolledo y el Hospital San Francisco E.S.E de Ibagué hoy Unidad de Salud de Ibagué E.S.E, tuvo lugar sin solución de continuidad en dos periodos comprendidos entre el **01 de noviembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011** y entre el **01 de mayo de 2012 y el 31 de octubre de 2013**, por lo que el derecho a reconocer deberá comprender solamente las sumas de dinero que resulten de la liquidación de lo debido por concepto de prestaciones sociales única y exclusivamente durante este periodo de tiempo.

10. De la prescripción

Frente al particular, la Jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha señalado que la prescripción de derechos derivados del contrato realidad o relación laboral encubierta o subyacente, tiene lugar dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral, manifestación que efectúa bajo el siguiente tenor literal:

“145. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, el Decreto 3135 de 1968 (que previó la integración de la Seguridad Social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales) estableció, en su artículo 41, lo siguiente:

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.

146. El mencionado precepto fue posteriormente reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102, precisó y reiteró el mismo lapso:

Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este

Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. [...]

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] 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. (Negrillas fuera del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral". (Se destaca)

Establecido lo anterior obra señalar, como fuera advertido en precedencia, que dentro del plenario se encuentra acreditado:

1. Que existió solución de continuidad en el vínculo develado como laboral, de tal suerte que encontramos dos periodos de vinculación uno entre el **01 de noviembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011** y otro entre el **01 de mayo de 2012 y el 31 de octubre de 2013.**
2. Que el 21 de julio de 2017 el demandante presentó la primera reclamación de reconocimiento y pago de acreencias laborales ante la Entidad.

En consecuencia, como quiera que la reclamación administrativa fue presentada cuando habían transcurrido más de tres (3) años desde la terminación de cada uno de los vínculos develados como laborales, se tiene que dentro del presente

asunto se encuentra configurado el fenómeno jurídico de la prescripción de las acreencias laborales reclamadas.

En lo que atañe a los aportes al **Sistema de Seguridad Social**, se ha de indicar que el único subsistema respecto del cual se predica una imprescriptibilidad es el correspondiente a las PENSIONES, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016.

En consonancia con lo determinado por el Consejo de Estado, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios y través de intermediación laboral esto es, del **01 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y del 01 de mayo de 2012 al 24 de octubre de 2013**, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el demandante y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones realizadas al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo referido 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.

Pensión sanción.

En relación con el reconocimiento de la pensión sanción a que hace referencia el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, obra señalar que dentro del presente asunto no se reúnen los requisitos para solicitar su reconocimiento en tanto, en el presente asunto no se trata de un trabajador **no** afiliado al Sistema General de Pensiones durante más diez y menos de quince años por el mismo empleador, por cuanto, como se indicó en líneas precedentes, a través del presente asunto únicamente se persigue el reconocimiento de las prestaciones laborales causadas con anterioridad al 01 de noviembre de 2013, de lo cual, es posible inferir que a partir de dicha fecha al demandante le han sido reconocidas la totalidad de sus prestaciones sociales y laborales.

Ahora bien, en relación con el reconocimiento de la pensión sanción a que hace alusión el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, obra precisar que la misma se encuentra especialmente creada para aquellos funcionarios que ostenten la categoría de trabajadores oficiales, categoría que no ostentaba el demandante atendiendo la naturaleza de la Entidad demandada y las funciones por él desempeñadas.

En mérito de lo expuesto, el Despacho negará el reconocimiento y pago de la pensión sanción reclamada.

SINTESIS DE LA DECISION

En conclusión, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado por considerar que a través de la vinculación del demandante a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y Uniones Temporales se develó una verdadera relación laboral; no obstante, se declarará a su vez que dentro del presente asunto ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de las acreencias laborales, por lo cual, no habrá lugar a ordenar reconocimiento alguno a título de restablecimiento del derecho.

No se accede a la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión sanción, ni con el pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, por cuanto, como fuera advertido en precedencia ha operado el fenómeno de la prescripción.

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 Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARESE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 19-024 de fecha 15 de agosto de 2017**, a través del cual se negó al demandante el reconocimiento de la relación laboral estructurada para el periodo comprendido del 05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2013, conforme a las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: NIÉGUESE la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre el **05 de junio de 2004 y el 31 de octubre de 2008**, conforme lo manifestado en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el señor LUIS ENRIQUE TORRES REBOLLEDO y el HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E DE IBAGUÉ hoy UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ E.S.E., en los términos consignados en precedencia, esto es, entre el **01 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2011 y del 01 de mayo de 2012 al 24 de octubre de 2013**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de Prescripción de Derechos Laborales, en relación con la totalidad de las sumas que se generaron en virtud de la relación laboral develada, de conformidad con lo expuesto en la motiva del presente proveído.

QUINTO: CUARTO: 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: NEGAR el reconocimiento y pago de la pensión sanción reclamada.

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

OCTAVO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

DÉCIMO: 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