



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NUBIA YAMILE CUESTAS CASTAÑEDA
DEMANDADO: UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ como sucesor
procesal del HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E.
RADICADO 73001-33-33-006-2017-00181-00
ASUNTO: CONTRATO REALIDAD - RECONOCIMIENTO DE
PRESTACIONES SOCIALES

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **NUBIA YAMILE CUESTAS CASTAÑEDA** en contra de la **UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ** como sucesor procesal del **HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E.**

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 21 de noviembre de 2016, mediante el cual niega la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter laboral desde el 01 de noviembre de 2007 al 31 de octubre de 2013 y posteriormente y hasta 31 de marzo de 2017, en la planta temporal del hospital, en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 y el pago de conceptos prestacionales.

1.2. Que se declare que existió diferencia salarial entre NUBIA YAMILE CUESTAS CASTAÑEDA y el personal de planta que ejerce el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 durante el tiempo comprendido entre el 01 de noviembre de 2007 al 31 de octubre de 2013.

1.3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al

reconocimiento y pago de los siguientes conceptos, durante la época comprendida entre el 01 de noviembre de 2007 al 31 de octubre de 2013:

- 1.3.1. Pagar la diferencia salarial existente con el personal de planta.
- 1.3.2. Pagar las cesantías durante y de forma retroactiva.
- 1.3.3. Pagar los intereses a las cesantías.
- 1.3.4. pagar la prima legal anual y semestral de servicios.
- 1.3.5. Pagar las vacaciones.
- 1.3.6. Pagar la bonificación por servicios.
- 1.3.7. Pagar la prima de navidad.
- 1.3.8. Pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.
- 1.3.9. pago del incremento de la asignación básica.
- 1.3.10. Pago del auxilio de transporte.
- 1.3.11. Pagar la indemnización moratoria por no consignación de cesantías en fono de cesantías.
- 1.3.12 Indexación o corrección monetaria.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

- 2.1. Que entre el Hospital San Francisco y las cooperativas A y L APYO LOGISTICO, SEFIRA, LABORAMOS, IMS S.A., SURGIMOS Y TEMPORALES UNO – A- S.A. se celebró contrato de prestación de servicios, para el suministro de personal.
- 2.2. Que el objeto de contrato mencionado en el punto anterior, consistió en macro proceso de apoyo.
- 2.3. Que el objeto contractual, corresponde a las actividades propias o normales del objeto de la entidad contratante, HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E.
- 2.4. Que para ejecutar dicho objeto contractual, las empresas contratistas vincularon a la señora NUBIA YAMILE CUESTAS CASTAÑEDA, mediante acuerdo asociativo y las funciones se desempeñaron directamente en las instalaciones del Hospital.

2.5. En virtud de lo anterior, las cooperativas, vincularon a la señora CUESTAS CASTAÑEDA, mediante contrato por obra o labor contratada, así: desde el 01 de noviembre de 2007 al 30 de septiembre de 2008 con A Y L APOYO LOGISTICO S.A.S, del 01 de noviembre de 2008 al 30 de diciembre de 2009 con la cooperativa de trabajo asociado SEFIRA; del 01 de enero de 2010 al 30 de enero de 2012 con la cooperativa de trabajo asociado LABORAMOS, 01 de febrero al 30 de abril de 2012 con surgimos, del 01 de mayo de 2012 al 30 de agosto de 2012 con IMS S.A., del 01 de septiembre de 2012 al 31 de octubre de 2013 con temporales UNO – A S.A. y del 01 de noviembre de 2013 al 31 de marzo de 2017, directamente en la planta con el HOSPITAL.

2.6. La señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda prestó sus servicios en forma personal, con su conocimiento, destreza y habilidad, sin poder delegar o ser representada en el contrato.

2.7. Las labores desempeñadas por la señora CUESTAS CASTAÑEDA fueron desarrolladas en las instalaciones del Hospital San Francisco ESE del Municipio de Ibagué, con todas las herramientas, equipos, espacios y medios de producción de éste.

2.8. El salario percibido durante la época vinculada por intermediación laboral con las cooperativas fue el siguiente:

Vigencia 2007	\$543.207
Vigencia 2008	\$580.000
Vigencia 2009	\$685.185
Vigencia 2010	\$682.244
Vigencia 2011	\$705.700
Vigencia 2012	\$747.142
Vigencia 2013	\$777.209

2.9. El Hospital San Francisco ESE para desarrollar su actividad utiliza empleados de planta los cuales cumplen las mismas funciones que la demandante, donde no existe ninguna diferencia de funciones con las que ella ejecuta, pero sí existe una diferencia respecto al salario, en el tiempo que duro la intermediación laboral.

2.10. El cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 tiene la siguiente asignación básica:

Vigencia 2007	\$927.928
Vigencia 2008	\$965.045
Vigencia 2009	\$995.638
Vigencia 2010	\$1.045.420
Vigencia 2011	\$1.081.382
Vigencia 2012	\$1.113.176
Vigencia 2013	\$1.165.050

2.11. La diferencia salarial existente durante el tiempo de la intermediación, es la siguiente:

Vigencia 2007	\$384.721
Vigencia 2008	\$385.045
Vigencia 2009	\$310.453
Vigencia 2010	\$363.176
Vigencia 2011	\$375.682
Vigencia 2012	\$366.034
Vigencia 2013	\$387.841

2.12. Que para que la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda cumpliera las funciones encomendadas debía cumplir el siguiente horario, lunes a jueves en el horario de 7:00 AM a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M. y los viernes de 7:00 a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 5:00 P.M.

2.13. El horario de trabajo se debía de cumplir de manera oportuna y completa, por cuanto, había registro de entrada y salida.

2.14. Estando en cumplimiento de la jornada laboral, no podía abandonar las instalaciones de la entidad, salvo, cuando se obtenía autorización de los superiores (personal de planta de hospital).

2.15. La actividad que realizaba la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda para el hospital era de carácter permanente.

2.16. La señora Cuestas Castañeda estaba subordinada, no pudiendo, disponer de tiempo, delegar la actividad contractual, vigilado en la forma, tiempo y modo de ejecutar y supeditado a las exigencias subordinantes.

2.17. La intermediación laboral referida, estuvo vigente desde el 01 de noviembre de 2007 al 31 de octubre de 2013, y desde el 01 de noviembre de 2013 y hasta el 31 de marzo de 2017 directamente con el hospital en la planta temporal.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1. UNIDAD DE SALUD DE IBAGUÉ como sucesor procesal del HOSPITAL SAN FRANCISCO E.S.E.

La apoderada judicial de la entidad demandada presentó escrito de contestación de demanda, por medio del cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho que las hagan prosperar.

Manifiesta que no existió relación legal y reglamentaria entre la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda y el Hospital San Francisco en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2007 y 31 de octubre de 2013, por lo que no acredita la calidad de empleada pública; a partir del 1 de noviembre de 2013 fue vinculada a la planta temporal de la entidad, fecha desde la cual le fueron cancelados todos los emolumentos salariales y prestacionales, por el tiempo específico de creación del cargo.

Indica la profesional que la remuneración de la señora Nubia Yamile Cuestas en el periodo de vinculación del 1 de noviembre de 2013 en adelante correspondió a la escala salarial aprobada para la planta temporal de la entidad y sus funciones corresponden al manual de funciones creado para tal fin.

Afirma la abogada que la demandante no fue vinculada a la administración pública con las exigencias requeridas para obtener la calidad de empleado público y su status corresponde a la de un contratista que presta servicios al Estado.

En cuanto a la vinculación con las empresas AYL APOYO LOGÍSTICO, SEFIRA, LABORAMOS IMS S.A. SURGIMOS Y TEMPORALES UNO ASA, señala que estas pagaron a la demandante el total de las prestaciones sociales a las que tenía derecho por su vinculación, no siendo de recibo volver a cobrar lo que ya se le había cancelado en oportunidad anterior, aunado a que sobre tales periodos de vinculación operó la prescripción.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante (fl. 143-148)

El apoderado de la parte demandante presentó escrito por medio del cual manifiesta que la actora prestó sus servicios desde el 01 de noviembre de 2007 al 31 de octubre de 2013, mediante la llamada intermediación de cooperativas.

Señala el profesional, que dentro del proceso quedó demostrado que el personal de planta que ejerce el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 percibía una remuneración y prestaciones sociales con mayor valor que el personal vinculado por intermediación laboral.

También manifiesta, que los testigos coinciden en que la señora Cuestas Castañeda recibía órdenes de los funcionarios de planta del hospital, que el horario era igual al del personal de planta del hospital sin que pudiera hacer cambios al mismo; que los elementos con los que la señora Cuestas ejecutaba sus funciones eran del hospital y suministrados por este; que para cualquier permiso debía tener autorización del funcionario del hospital.

Agrega el abogado, que la demandante fue vinculada en el año 2007 hasta el 2013, y desde el 31 de octubre de 2013 por medio de resolución No. 413 fue nombrada como provisional donde ha estado vinculada hasta la fecha.

Concluye su escrito el profesional, solicitando se declare la existencia de un contrato realidad y se condene a la entidad demandada al pago de todas y cada una de las prestaciones incoadas en el petitum de la demanda.

4.2. Parte demandada (fls. 149-152)

Manifiesta el apoderado de la entidad demandada que conforme el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 las Empresas Sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, entidades privadas o con operadores externos.

Indica que al interior del proceso no se encuentran acreditadas las similitudes del cargo desempeñado por la demandante, ni las funciones de un empleo similar que ejercen al interior de la institución, siendo el Manual de funciones del escindido hospital el medio idóneo para demostrar similitudes y/o diferencias

entre los empleos en que se busca su equivalencia y no el relato genérico y ambiguo de dos testigos.

Agrega el apoderado de la demandada, que el empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 06 no guarda ninguna relación y/o equivalencia con las actividades que realizaba la demandante.

Igualmente señala, que la demandante pretende el pago de una doble asignación como quiera que en el interrogatorio aceptó que las empresas con las que tuvo vínculo laboral, le cancelaron todos los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral.

En cuanto a Temporales UNO – A afirma el abogado que obra certificado laboral donde se informa la cadena contractual y sus extremos temporales, las copias de los pagos de nómina mensual en el tiempo laborado y copia de las liquidaciones finales de prestaciones sociales.

Culmina su escrito, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Hospital San Francisco E.S.E., hoy Unidad de Salud de Ibagué USI ESE, con ocasión a la continua y sucesiva prestación de servicios bajo la modalidad de contratos de prestación de asociación con múltiples cooperativas de trabajo asociado, mediante la figura de intermediación laboral, y en consecuencia, si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de diferencias salariales, prestaciones sociales y demás acreencias laborales como si hubiese desempeñado en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 ?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1. Tesis de la parte accionante

Considera que el Hospital San Francisco ahora Unidad de Salud de Ibagué desconoció la existencia de una verdadera relación laboral por lo que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas debe reconocer y pagar

a favor de la demandante las prestaciones sociales y aportes a la Seguridad Social correspondientes a los años 2007 a 2013, lo anterior como quiera que se demostraron los 3 elementos de la relación laboral.

6.2. Tesis de la parte demandada

Argumenta que entre las partes no se configuró relación laboral alguna como quiera que la actora fue contratada en la forma y términos dispuestos por las Cooperativas de Trabajo Asociado, quienes reconocieron y pagaron todos los valores reclamados, no siendo posible el doble pago pretendido.

6.3. Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que los elementos de prueba obrantes en el plenario, dan cuenta que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre la demandante y el Hospital San Francisco ahora Unidad de Salud de Ibagué USI, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios en la modalidad de intermediación laboral, configurándose el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda prestó sus servicios en A&L SAS Apoyo Logístico desde el 1 de noviembre de 2007 al 30 de septiembre de 2008 en el cargo de auxiliar administrativo.	Documental: Certificación del 31 de octubre de 2013 expedida por el Gerente de A&L SAS Apoyo Logístico (fl. 9-10 C. ppal.).
2. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda prestó sus servicios en calidad de trabajador asociado del 01 de noviembre de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2009, en actividades propias de auxiliar administrativo en el área de central de citas del hospital san Francisco.	Documental: certificación del 24 de octubre de 2013 de Sefira (fl. 11-12 C. ppal.).
3. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda prestó sus servicios en calidad de trabajador asociado en la Cooperativa Laboramos desde el 01 de enero de 2010 al 30 de enero de 2012 en actividades propias de auxiliar administrativo.	Documental: certificación del 24 de octubre de 2013 de Laboramos (fl. 13-14 C. ppal.).

4. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda laboró como trabajadora al servicio del Hospital San Francisco ESE durante el periodo comprendido entre 01/05/2012 al 30/08/2012 desempeñando el cargo de Auxiliar Administrativo Asignación de Citas e información.	Documental: Certificación del 23 de octubre de 2013 de IMS S.A. (fl. 15-16 C. ppal.).
5. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda laboró como empleada en misión para el hospital San Francisco ESE desde el 01/01/2013 al 20/02/2013, del 21/02/2013 al 30/07/2013, del 01/09/2012 al 30/12/2012 y 01/08/2013 a la actualidad en el cargo de Auxiliar Administrativo Asignación de Citas e información.	Documental: Certificación del 23 de octubre de 2013 de Temporales UNO-A S.A (fl. 17-18 C. ppal.).
6. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda laboró mediante contrato de obra o labor en el cargo de Auxiliar Administrativo Citas en los siguientes periodos: 2013/08/01 a 2013/10/30 2013/02/21 a 2013/07/30 2013/01/01 a 2013/02/20 2012/09/01 a 2012/12/30	Documental: Certificación del 23 de octubre de 2013 de Temporales UNO-A S.A. y copia de pagos de nóminas mensuales del tiempo laborado y liquidaciones finales de prestaciones sociales (fl. 19 C. ppal. y 1-38 Cuaderno No. 2 pruebas parte demandada)
7. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda el 31 de octubre de 2013 tomó posesión en la planta de empleos temporales por doce (12) meses, del 1 de noviembre de 2013 al 31 de octubre de 2014, como auxiliar administrativo código 407 grado 06, nombrada por resolución 402 del 31 de octubre de 2013.	Documental: copia acta de posesión del 31 de octubre de 2013 (fls. 20 C. ppal.)
8. Que la señora Nubia Yamile Cuesta Castañeda por medio de petición radicada el 25 de octubre de 2016 solicitó al hospital san francisco declarar la existencia de una relación legal y reglamentaria desde el 01 de noviembre de 2007 al 30 de octubre de 2013 y posteriormente en la planta temporal, solicitando el pago de la diferencia salarial y el pago de prestaciones sociales.	Documental: petición radicada el 25 de octubre de 2016 rad 2258 (fl. 3-6 C. ppal.)
9. Que el Hospital San Francisco por medio de oficio del 21 de noviembre de 2016 resolvió de manera negativa la petición realizada.	Documental: Oficio del 21 de noviembre de 2016 (fl. 7-8 C. Ppl)
10. Que el hospital San Francisco suscribió contratos de prestación de servicios con A y L limitada, Compañía de Empleos Temporales del Tolima Limitada "CETA", T&S Temporales y Sistempora Limitada, cooperativa de trabajo asociado Combeima	Documental: Copia de contratos de prestación de servicios con AYL APOYO LOGISTICO, CTA SEFIRA, CTA LABORAMOS, CTA SURGIMOS Y TEMPORALES UNO-

Tolima, con el fin de desarrollar objetos como suministro de personal en misión al Hospital San Francisco en el área asistencial y de logística requerida en atención a las necesidades de los servicios en laboratorio, consulta externa, promoción y prevención, urgencias y hospitalización, así como servicios de aseo, mantenimiento, cafetería, mensajería, administrativos, financieros, prestación de servicios ocasionales o permanentes en labores específicas bajo la modalidad de outsourcing de acuerdo a la necesidad requerida.	A (fl. 30-275 Cuaderno 3 pruebas parte demandante)
11. Que la accionante cumplía horario, órdenes y estaba sujeta a lo mandado por el personal de Talento Humano del Hospital San Francisco de Ibagué.	Testimonial: Argenis Pedraza, Cesar Rubiel Rivera Lozano y Nubia Yamile Cuestas Castañeda (fl. 143-174) Interrogatorio de parte: de Nubia Yamile Cuestas Castañeda.

8. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, ha de señalarse que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se haya celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

Así las cosas, 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, haciéndose valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla¹.

Pues en efecto, el artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo es un derecho fundamental que goza de especial protección del Estado, de ahí que debe proteger a todas las personas de vinculaciones diferentes a un contrato laboral, en donde efectivamente se cumplan funciones y se desarrollen actividades en las mismas condiciones que otros empleados vinculados a las

¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSE LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION.

mismas entidades, a fin de garantizar todas las prestaciones de seguridad social a que tengan derecho.

De modo que la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al definir el contrato estatal señaló que el mismo corresponde a un acto jurídico generador de obligaciones celebrado por entidades públicas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que entre otros, puede celebrarse con el objeto de obtenerse la prestación de servicios personales particulares, en tal sentido consagró la norma:

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.
(...)”*

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. **Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.***

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)”
(Negrilla fuera de texto).

Al respecto, en su estudio de exequibilidad de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, señaló en cuanto al contrato de prestación de servicios, que estos solo pueden ser celebrados por el Estado, en aquellos eventos en que las funciones no sean desarrolladas por personal vinculado a la entidad o cuando se requiere conocimientos especializados.

En tal orden, definió el Tribunal Constitucional como características del mismo, **i)** que el **objeto contractual** hace relación a la ejecución temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, en cabeza de una persona con experiencia y formación profesional en una materia determinada, **ii)** asimismo, que goza el contratista de **autonomía e independencia** desde el punto de vista técnico y científico, disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual dentro del plazo y bajo las condiciones acordadas, **iii)** y que, su vigencia es **temporal**, pues se da solo por el plazo indispensable para ejecutar el objeto contractual.

En efecto manifestó el máximo órgano constitucional, que si bien por regla general la función pública es prestada por el personal perteneciente a la entidad oficial,

solo en los eventos en que las actividades de la administración no puedan ser realizadas por los empleados adscritos a la planta o se requieren de conocimientos especializados, podrán ser ejercidas bajo el contrato de prestación de servicios.

De manera que su duración se encuentra limitada al tiempo requerido para el cumplimiento del objeto contractual, pues en la medida en que dichas actividades se tornen permanentes e indefinidas, se desvirtúa su carácter excepcional, y lo que antes era una labor temporal se hace necesaria, obligando a la adopción de medidas que los incluyan en la respectiva planta, en cumplimiento del mandato constitucional².

Por lo que el carácter excepcional de la función solicitada por la administración, es lo que justifica la celebración del contrato de prestación de servicios por la entidad estatal, en tanto que la autorización dada por la Ley 80 de 1993, corresponde precisamente a la necesidad de suplir la ausencia de personal que se ocupe de tareas no contempladas dentro de la planta o frente a las que se requiere conocimientos especialísimos.

Conforme a ello, la prestación de servicios de personal ajeno a la entidad, solamente opera a fin de no interrumpir la función pública cuando no se cuenta con empleados que posean el conocimiento profesional, técnico o científico solicitado para una labor específica, que no siendo de aquellas que contemple el manual de funciones, es necesaria para cumplir con sus actividades, sin dejar de ser temporal.

9. CONTRATO REALIDAD: PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS.

Ahora bien, ha reconocido la jurisprudencia que en efecto el contrato de prestación de servicios se distingue del contrato laboral, porque quien es contratado dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, y su vigencia se limita al tiempo indispensable para su cumplimiento; pues por el contrario, es propio de la relación laboral el desarrollo de una actividad personal subordinada y dependiente.

Al respecto, la Corte Constitucional³ expuso:

² “Art. 122.- 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.”

³ Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997

“Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”

Así, indicó el órgano de cierre constitucional que dicha autorización dada por la ley 80 de 1993, para contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, personas naturales con conocimientos específicos necesarios para cumplir con una actividad temporal dentro de la administración, es válida, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente⁴.

En relación a ello, el Consejo de Estado⁵ precisó que demostrada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la presencia de una remuneración a cambio, pero sobre todo, la subordinación y dependencia del trabajador al empleador; dicha presunción legal de que goza el contrato de prestación de servicios dada por la Ley 80 de 1993, se desdibuja, al haber nacido en realidad un contrato laboral.

Entonces, aun cuando la Ley 80 de 1993, estableció de forma enfática la negativa de una relación laboral entre el contratista y la entidad, en virtud del contrato de prestación de servicios, dicha presunción admite prueba en contrario, pudiendo el afectado demandar el reconocimiento de la existencia del vínculo laboral, y por ende el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

Así, acreditada la existencia de una actividad subordinada, a partir de la imposición de horarios a quien presta el servicio, y la fijación de órdenes o directrices con respecto a la ejecución de la labor contratada, se tipifica el contrato de trabajo, aun cuando en su formalidad sea distinto a la realidad jurídica, es decir que se le haya dado denominación distinta; pues no estando facultada la entidad para exigir dependencia, no puede requerir algo distinto al cumplimiento de la actividad contratada en los términos pactados.

⁴ Ibídem.

⁵ Sentencia del 23 de junio de 2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente No. 0245

En efecto, en sentencia del 29 de enero de 2015, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, en proceso con radicación 25000-23-25-000-2008-00782-02 (4149-13) indicó:

*“Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, **pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público**, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.”* (Negrilla fuera de texto)

De modo que bastará con probarse los tres elementos de una relación de trabajo, en especial la subordinación en actividades propias de un funcionario público, para declarar la existencia del contrato realidad, y en consecuencia el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas durante el periodo servido, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.⁶

10. DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Según lo dispuesto por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006, las Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria y que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores.

En tal carácter, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan de manera directa su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras a fin de satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

El objeto social de estas cooperativas en su carácter de organizaciones solidarias, es generar y mantener trabajo para sus asociados de forma autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-211 de 2000, consideró que sus características principales son:

⁶ Sentencia del 17 de abril de 2008. Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A. C.P Jaime Moreno García.

“[...] (i) asociación voluntaria y libre, (ii) igualdad de los cooperados, (iii) ausencia de ánimo de lucro, (iv) organización democrática, (v) trabajo de los asociados como base fundamental, (vi) desarrollo de actividades económico sociales, (vii) solidaridad en la compensación o retribución, y (viii) autonomía empresarial [...]

De conformidad con el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en estas cooperativas el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación por el trabajo aportado, es el establecido en los estatutos y reglamentos de cada cooperativa, porque dichas materias se originan en el acuerdo cooperativo y por lo tanto no están sujetas a la legislación laboral.

Dice el Consejo de Estado⁷ que, el trabajo asociado se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el legislador consagró la prohibición de que las cooperativas de trabajo asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

En consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo, y el tercero contratante, la cooperativa al igual que sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado⁸, sin perjuicio de que la cooperativa quede incurso en causal de disolución y liquidación y que le sea cancelada la personería jurídica⁹.

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 20 de septiembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández exp 4145-13

⁸ Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006 que reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

⁹ Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

11. DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

Son elementos de la relación de trabajo, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo realizado; no obstante lo anterior, el reconocimiento de una relación laboral en estas condiciones no implica conferir la condición de empleado público, según lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Respecto de los elementos constitutivos de la relación laboral el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que deberán demostrarse los elementos esenciales de aquella, indicando:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor 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 actora 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 jurisprudencia,¹⁰ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”¹¹

Además, para que se pueda desvirtuar que se presentó un contrato de prestación de servicios debe demostrarse que el cargo desempeñado era de aquellos que se encontraban enlistados o creados en la planta de personal de la entidad accionada, para así poder afirmar y concluir que no se está dando aplicación real al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 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.

¹¹ Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda, de 16 de febrero de 2012, Consejero ponente doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, Referencia Exp. 1187-11

Asimismo, y en cuanto al reconocimiento de lo adeudado en casos de contrato realidad, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, señaló:

“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 disfracó 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 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”¹²

11.1. Subordinación.

De las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que el Hospital San Francisco de Ibagué, hoy Unidad de Salud de Ibagué, suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios con las siguientes Cooperativas de Trabajo Asociado:

COOPERATIVA	CONTRATO	PLAZO
IMS S.A.	Contrato de prestación de servicios No. 734	01-08-2007 5 meses
IMS S.A.	Contrato de prestación de servicios No. 316	01-05 al 31-07-2012
IMS S.A.	Adición al CPS No. 316	01-05 al 31-08-2012
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 863	15-10 al 15-12-2008
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 0977	16-11 al 19-12-2008
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 0230	01-03 al 31-03-2009
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 280	01-04 al 30-04-2009
CTA LABORAMOS	Adición al CPS No. 280	01-05 al 05-05-2009
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 329	16-05 al 31-05-2009
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 355	01-06 al 30-06-2009
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 439	01-07 al 31-12-2009
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 613	01-01 al 31-12-2010

¹² 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.

CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 107	01-02 al 31-12-2011
CTA LABORAMOS	Contrato Prestación de Servicios No. 237	03-01 al 31-01-2011
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 579	01-07-2008 (1 MES)
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 637	01-08 al 31-08-2008
TEMPORALES UNO-A	Adición 001 al CPS No. 637	01-09 al 02-09-2008
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 717	03-09 al 30-09-2008
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 793	01-10 al 31-10-2008
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 1031	01-12 al 31-12-2008
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 939	01-11 al 30-11-2008
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 579	01-07 al 31-12-2011
TEMPORALES UNO-A	Contrato prestación de servicios No. 598	01-09 al 31-12-2012
TEMPORALES UNO-A	Adición 001 al CPS No. 598	01-09 al 20-09-2013
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 961	04-11 al 31-12-2008
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 015	01-01 al 31-01-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 164	01-02 al 28-02-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 228	01-03 al 31-03-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 279	01-04 al 30-04-2009
CTA SEFIRA	Adición 01 al CPS No. 279	01-05 al 03-05-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 317	04-05 al 31-05-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 354	01-06 al 30-06-2009
U.T. SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 438	01-07 al 31-12-2009
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 617	01-01 al 31-12-2010
CTA SEFIRA	Contrato prestación de servicios No. 247	01-01 al 31-12-2011
CTA SURGIMOS	C.P.S. de salud No. 250	01-01 al 31-12-2011
CTA SURGIMOS	Adición 01 al CPS No. 250	01-01 al 31-01-2012

En razón a dichos vínculos contractuales las cooperativas referenciadas se obligaban para con el Hospital San Francisco a desarrollar *“las actividades inherentes a los subprocesos administrativos y de apoyo en las áreas de consulta externa, laboratorio, promoción y prevención, con personal profesional y/o operativo idóneo de acuerdo a las necesidades requeridas por el Hospital”*.

En otros actos contractuales, el objeto a ejecutar correspondía al *“desarrollo de los procesos estratégicos y de apoyo administrativo necesarios para efectuar los subprocesos de direccionamiento estratégico, gestión de la información, gestión de los recursos financieros, apoyo hospitalario y plan de salud pública con personal profesional y/o operativo idóneo de acuerdo a las necesidades requeridas por el Hospital; así como la “ejecución de procedimientos y actividades asistenciales, administrativas y de apoyo para los procesos, gestión operativa de salud pública y el proceso de apoyo diagnóstico en el subproceso de laboratorio clínico e imagenología en el Hospital San Francisco de Ibagué”*.

Igualmente se pactaron objetos contractuales como *“la ejecución de procedimientos y actividades administrativas para el proceso de gestión de los recursos financieros en los subprocesos de facturación, cartera y contabilidad, proceso de gestión del talento humano, proceso de gestión de la información y el proceso de gestión de mercadeo y contratación en el Hospital San Francisco de Ibagué Empresa Social del Estado”*.

Así mismo, se contrató el *“Suministro de personal en misión asistencial, de urgencias al Hospital San Francisco”*.

En este orden de ideas, advierte esta falladora judicial que durante las vigencias 2007 a 2013 el Hospital San Francisco ahora Unidad de Salud de Ibagué, suscribió diversos y simultáneos contratos de prestación de servicios con las Cooperativas de Trabajo Asociado A&L SAS, Sefira, Laboramos, IMS SA y Temporales UNO-A S.A., sin interrupción alguna, para que éstas le suministraran el diverso personal de apoyo y/o misional requerido para realizar las actividades propias de la entidad hospitalaria, con cargo a pagar unas mensualidades por el servicio de personal ofrecido.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el proceso y relacionadas en párrafos anteriores, se tiene que la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda estuvo vinculada a las relacionadas cooperativas de trabajo asociado, en periodos interrumpidos e ininterrumpidos, a saber, los siguientes:

Desde el 1 de noviembre de 2007 al 30 de septiembre de 2008 en el cargo de auxiliar administrativo, con A&L SAS Apoyo Logístico
Desde el 01 de noviembre de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2009, en actividades propias de auxiliar administrativo en el área de central de citas del hospital san Francisco, en calidad de trabajadora asociado de Sefira.
Desde el 01 de enero de 2010 al 30 de enero de 2012 en actividades propias de auxiliar administrativo, en calidad de trabajadora asociada en la Cooperativa Laboramos.
Desde el 01 de mayo de 2012 al 30 de agosto de 2012 en el cargo de Auxiliar Administrativo Asignación de Citas e información, como trabajadora al servicio del Hospital San Francisco ESE.
Desde el del 01/09/2012 al 30/12/2012, 01/01/2013 al 20/02/2013, 21/02/2013 al 30/07/2013, 01/08/2013 al 30/10/2013 en el cargo de Auxiliar Administrativo Asignación de Citas e información como empleada en misión para el Hospital San Francisco ESE, en calidad de trabajadora asociada de Temporales UNO-A.

Durante los periodos acabados de señalar, la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda en calidad de trabajadora asociada de las cooperativas en comento, prestó sus servicios en el Hospital San Francisco E.S.E. hoy Unidad de Salud de

Ibagué¹³, siendo éste último el beneficiario final de todas las actividades ejecutadas por la demandante, pues si bien la actora no tenía vínculo contractual directo con la entidad demandada, lo cierto es que ésta última se beneficiaba de todos y cada uno de los servicios prestados por la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda en calidad de trabajadora asociada de las cooperativas señaladas anteriormente.

También se observa, que las funciones ejecutadas por la demandante no fueron transitorias ni temporales como lo autoriza la ley para este tipo de vinculaciones, pues por más de 6 años, la señora Cuestas Castañeda estuvo vinculada con la entidad demandada mediante la figura de intermediación laboral, como quiera que las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado tenían contratos de prestación de servicios con el Hospital San Francisco, a quien le suministraba el personal requerido para llevar a cabo las funciones propias de la entidad hospitalaria, bajo la figura de empleados misionales.

Así las cosas, las ya relacionadas Cooperativas de Trabajo Asociado actuaron en el presente asunto como empresas de intermediación laboral, entre el centro hospitalario y la actora, ya que dispusieron del trabajo de sus asociados, entre ellos la demandante, para suministrar mano de obra temporal a un tercero beneficiario, como lo fue el Hospital San Francisco ESE, bajo la modalidad de trabajador en misión a efectos de atender las labores propias de la entidad hospitalaria, existiendo una subordinación o dependencia de la actora, no respecto de la Cooperativa de Trabajo Asociado, sino respecto del beneficiario final de los servicios prestados, esto es, el Hospital accionado.

Ahora bien, conforme las certificaciones emitidas por las Cooperativas A&L SAS apoyo logístico, Sefira, Laboramos, IMS S.A., Temporales UNO-A S.A., la señora Nubia Yamile Cuestas realizaba entre otras, las siguientes funciones en el Hospital San Francisco en calidad de empleada en misión:

- “1. Realizar la asignación de citas de acuerdo a las agendas de programación y cronograma de citas.*
- 2. Atender en forma personalizada, telefónica o escrita al público, informando y orientando a los clientes, pacientes y/o usuarios, hacia la consecución oportuna y efectiva del trámite de servicios que requiere o busca obtener.*
- 3. Diligenciar los formatos de encuestas para la realización del estudio de satisfacción de usuarios y estudios socio económico de los usuarios y su familia.*

¹³ Ver folio 2 cuaderno 2 pruebas parte demandada.

- 4. orientar a los usuarios y suministrar la información, documentos y elementos que sean solicitados, de conformidad con los trámites, las autorizaciones y los procedimientos establecidos.*
- 5. Establecer las comunicaciones telefónicas internas o externas que le sean solicitadas por el superior inmediato.*
- 6. participar en la construcción, planificación, ejecución y control del sistema de garantía de calidad del hospital y el sistema único de acreditación en salud.*
- 7. mantener discreción y reserva sobre los asuntos confidenciales tramitados en la dependencia y los que conozca por razón de sus funciones.*
- 8. Cumplir con las normas y procedimientos específicos del área a cargo establecidos en el respectivo manual de procedimientos.*

Respecto de tales funciones, se pudo corroborar que la demandante, mediante la designación de “auxiliar administrativo” estuvo prestando sus servicios en diferentes áreas del hospital accionado, ejecutando de forma permanente y continua las funciones señaladas con anterioridad y en cumplimiento de la vinculación con las cooperativas en comento, obviando de manera flagrante el alcance de la figura de trabajadora asociada, como la del contrato de prestación de servicios, que no es otro que atender una actividad temporal de la entidad, y para ello es necesario contar con personal de apoyo, pero sin que dicha situación se vuelva indeterminada o prolongada en el tiempo, como ocurrió en el caso bajo estudio, donde a simple vista se evidencia que el vínculo de la demandante perduró desde el año 2007 al 2013, con cortas desvinculaciones en el tiempo.

Así las cosas, lo que se evidencia claramente es que en el caso bajo estudio se rompió la temporalidad y se constituyó una sucesión de contratos, quedando inmersa dicha situación de la demandante en una subordinación.

Lo anterior guarda total correspondencia con las afirmaciones efectuadas en la testimonial recepcionada en la audiencia de pruebas¹⁴ donde los declarantes coinciden en que la demandante prestaba sus servicios a la entidad con una larga prolongación en el tiempo, cumpliendo el horario de la entidad, ejecutando las actividades señaladas en las diferentes áreas del hospital donde prestó sus servicios personales y aceptando como su superior, a los directivos de planta del Hospital San Francisco.

11.1.1. De la tacha de sospechosos

Para emitir valor probatorio a dichas declaraciones hay que mencionar que el apoderado de la entidad demandada tachó de sospechosos los testimonios de los señores Argenis Pedraza y Cesar Rubiel Rivera por haber tenido éstos,

¹⁴ Audiencia de pruebas del 21 de agosto de 2018.

procesos judiciales en contra de la entidad accionada con similares pretensiones que la demandante; así mismo, por haber fungido la accionante como testigo dentro del proceso de la primera, y por el señor Rivera presidía la organización sindical por medio de la cual asesoraban a la actora.

Al respecto, el artículo 211 del CGP establece que cuando se proponga y sustente una tacha sobre la imparcialidad o credibilidad del testigo, *"el Juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso"*, lo que obliga a examinar con mayor rigor la declaración para verificar que sea consistente y objetiva y tal como lo ha precisado el Consejo de Estado¹⁵, los testimonios dudosos deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica.

En el caso concreto, se afirmó que la demandante fungía como testigo en la demanda adelantada por la testigo en contra de la entidad demandada, no obstante, este hecho por sí solo, no demuestra en forma inequívoca que sea sospechoso su testimonio, por el contrario se colige que la testigo conoce lo manifestado en su relato, precisamente por su vinculación con el Hospital San Francisco a través de la intermediación laboral, porque de que otra manera se entiende como pudo observar lo ocurrido al interior a la entidad, y en el evento que hubiere presentado demanda en contra de la misma entidad, no desvirtúa por si solo su testimonio, por lo que la tacha de sospecha no está llamada a prosperar y por lo tanto el Despacho valorara esta prueba, con la rigurosidad que la norma exige.

Similar circunstancia acontece con el testimonio del señor Carlos Rubiel Rivera Lozano, quien al parecer, por pertenecer a la organización sindical del Hospital San Francisco, puede asesorar jurídicamente a la demandante, situación que en nada desacredita o tergiversa los dichos expuestos en su relato, en atención a que su declaración versó sobre situaciones fácticas acontecidas respecto de las cuales tenía conocimiento, y no respecto a situaciones subjetivas o valoraciones particulares, por tanto también es merecedor de valoración probatoria.

A más de lo anterior, no se puede pasar por alto que se trata de personas que prestaron sus servicios en la entidad accionada en similares condiciones que la demandante, luego quien más para relatar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos alegados en la demanda, por lo que sus

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 14 de julio de 2016, expediente 36932 C.P. Hernán Andrade.

versiones serán analizadas a la luz de los principios de la sana crítica y en conjunto con los demás medios de prueba allegados al proceso.

Así las cosas, es preciso indicar que la señora Argenis Pedraza en su declaración manifestó:

“ ...

¿Sabe qué funciones desempeñaba la demandante? Auxiliar administrativo, estuvo en varias áreas la última que estuvo fue en promoción y prevención. ¿Sabe usted cual era el horario de la demandante? prestaba sus funciones de 7 -12 y 2-6 pero había algunos días que la hacían quedar luego de las 6 de la tarde. ¿Sabe usted quien establecía ese horario? El jefe de talento humano, el Dr Álvaro Bernal Vergara. ¿El señor Álvaro Bernal era funcionario de planta? sí señor, funcionario de planta directa del hospital. ¿Durante el tiempo que usted trabajó, la demandante a quien le pedía permiso para ausentarse del cargo? En ese caso nos dirigíamos a él, pero decía que debíamos pedir permiso a la cooperativa, al jefe de las cooperativas por ser el jefe inmediato. Al Dr. Bernal nos dirigíamos para solicitar los permisos, pero decía que hiciéramos el trámite con las cooperativas por ser el jefe inmediato...¿Ese trámite lo hacía directamente la señora? Casi siempre el Dr. Bernal suministraba los permisos. ¿De quien recibía ordenes la señora Nubia? Del jefe inmediato Álvaro Bernal Vergara ¿Quién la suministraba a la demandante los elementos necesarios para cumplir sus funciones? Todo lo suministraba el Hospital San Francisco donde firmábamos un documento de todo lo que teníamos a cargo y de lo cual teníamos que responder...¿En el 2009 y 2013 cuando estuvo tercerizada donde prestaban servicios la demandante y usted? Ella siempre estuvo en central de citas, vacunación, promoción y prevención y yo estuve en área administrativa...¿Como era el tema de los permisos? Que se acercaba al doctor Álvaro Vergara pero él los direccionaba a la Cooperativa de turno, en mi caso personal, el casi siempre me los daba a mí, no me hacía firmar nada, vaya haga sus vueltas, verbalmente me decía, no me dirigía a la cooperativa...¿Le consta si la demandante tenía que dar informe de gestión, quien vigilaba el cumplimiento de funciones? Quien le vigilaba las funciones era el Doctor Álvaro Bernal Vergara, pero no sé si tenía que pasar informe o no. ¿Cómo le consta que el señor Vergara vigilaba esas funciones? Porque era el jefe de talento humano, todos teníamos que dirigirnos a él...”

Por su parte, el señor Cesar Rubiel Rivera manifestó que conoce a la aquí demandante porque trabajó con ella en el Hospital San Francisco, ya que estuvo asignada a diferentes áreas de la entidad:

“ ...

La señora Nubia Yamile trabajó en el Hospital San Francisco? ella ingresó mediante contrato por cooperativa, no recuerdo el nombre, en el cual se desempeñaba como auxiliar administrativo, cumplió horario, recibió ordenes, trabajó en promoción y prevención, urgencias, facturación...hasta donde sé, la compañera Nubia Yamile tenía una desigualdad de salarios en cuanto trabajadores de planta del Hospital San Francisco, por eso creo, que es la demanda, ya que estas empresas han desconocido los derechos laborales

de los trabajadores...Sabe usted en qué horario cumplía funciones la demandante? ella cumplía horario de 7 a 12 y 2 a 6, el de horario de oficina, y en urgencias cumplía horario de acuerdo a horario de turnos..."

Los declarantes también coinciden en afirmar que la demandante cumplía el horario de atención ofrecido por el Hospital San Francisco, lo cual es corroborado en las certificaciones emitidas por las intermediarias, donde indica que prestaba sus servicios de lunes a jueves de 7:00 a 12:00 y desde las 2:00 a 6:30 pm y los viernes de 7:00 am a 12:00 y de 2:00 a 6:00.

Igualmente coinciden los testigos en que la actora veía y aceptaba como directo superior y jefe inmediato al Doctor Álvaro Bernal Vergara, quien desempeñaba el cargo de Jefe de Recursos o, Jefe de Talento Humano del Hospital San Francisco, y se dirigía a él como la persona legalmente encargada de conceder permisos y vigilar el cumplimiento de sus funciones.

En consecuencia, el servicio prestado por la actora en nada puede considerarse como actividad temporal, y dista mucho de ser independiente, toda vez que la señora Nubia Yamile para poder desarrollar las labores encomendadas debía asistir a las instalaciones de la entidad demandada y someterse al cumplimiento del horario establecido para la prestación del servicio de atención a usuarios de la entidad, pues claro resulta que para otorgar citas, asistir llamadas telefónicas, atender público, orientar a usuarios, apoyar área de promoción y prevención, facturación, entre otras, debía acudir de forma presencial a las instalaciones del hospital, sujetarse al horario señalado por éste y atender las directrices impartidas por los encargados de las áreas donde estuviera adscrita, quienes generalmente eran empleados de planta del hospital.

A más de ello se evidencia, que las funciones ejecutadas por la actora lo fueron de manera continua y permanente, en tanto, lo hizo por más 6 años, en un horario determinado por el Hospital San Francisco, atendiendo los compromisos adquiridos en las obligaciones asignadas en su contrato asociativo, con el acatamiento a las órdenes impartidas por el encargado del área de facturación, promoción y prevención o donde fuere asignada, luego resulta que mal hace la entidad demandada en contratar dichos servicios bajo una modalidad contractual que la norma ha prohibido para el ejercicio de funciones de carácter permanente, frente a la que era forzoso la creación del empleo correspondiente, pues resulta ser necesario para el cumplimiento de las actividades misionales de la entidad hospitalaria.

Es así dicha inferencia, que la Empresa Social se vio forzada a la creación de una planta temporal, la cual fue efectuada por la Junta Directiva del Hospital mediante acuerdo No. 011 del 26 de diciembre de 2012¹⁶, respecto de la cual se nombró inicialmente por 12 meses a la señora Nubia Yamile Cuestas en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06, por medio de Resolución No. 402 del 31 de octubre de 2013 a partir del 1 de noviembre de 2013 y posteriormente, a través de acto administrativo No. 415 del 30 de diciembre de 2014 se nombró nuevamente por 12 meses, a partir del 1 de noviembre de 2014.

En éste punto es necesario precisar que, la relación laboral respecto de la cual se solicita su reconocimiento en las pretensiones de la demanda, no incluye el periodo en el que estuvo la accionante como empleada de la planta temporal del centro hospitalario, ya que su vínculo laboral lo era en calidad de empleada pública, sujeta a una relación legal y reglamentaria como quiera que su nombramiento estuvo precedido de un acto administrativo y de posesión, lo que en nada confluye con el contrato realidad pretendido.

Sin embargo, de lo advertido en el proceso se logra inferir que las funciones ejecutadas por la accionante en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 06 de la planta temporal de Hospital San Francisco ESE eran las mismas desarrolladas de manera previa cuando su vinculación estaba precedida de la intermediación laboral.

En este orden de ideas, es claro que las labores ejecutadas por la accionante son de aquellas necesarias para el desarrollo normal del servicio brindado por la referida Empresa Social del Estado y su temporalidad no es esporádica, por el contrario, son de aquellas permanentes y prolongadas en el tiempo; circunstancias que desconfiguran una relación de autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, quedando así acreditado el elemento de la subordinación, pues en efecto, las labores realizadas por la accionante se dieron con sujeción absoluta a las directrices impartidas por el Hospital demandado.

En orden a lo anterior, entraran a analizarse los otros dos elementos del contrato para determinar si efectivamente se está ante una verdadera relación laboral.

¹⁶ Ver folio 5 cuaderno 3 pruebas parte demandante

11.2. Remuneración

Conforme a las documentales aportadas se tiene que a la accionante se le pagaron salarios, auxilio de transporte, horas extras, cesantías y aportes al sistema de seguridad social integral en salud y pensión.

Como salario básico se le pagaron las siguientes sumas¹⁷:

Empresa usuaria	Cargo o labor	inicio	Terminación	Último sueldo
Hospital San Francisco	Aux Admón	20130801	20131030	\$706.719
Hospital San Francisco	Aux Admón	20130221	20130730	\$706.719
Hospital San Francisco	Aux Admón	20130101	20130220	\$706.719
Hospital San Francisco	Aux Admón	20120901	20121230	\$679.342

Los valores por concepto de salarios y prestaciones derivados de los contratos asociativos de los años 2012 a 2013¹⁸, se encuentran efectivamente pagados a favor de la señora Cuestas Castañeda conforme se evidencia en el reporte de relación de pagos, informe de liquidación de nómina y liquidación de contrato de trabajo suministrado por el Jefe de Relaciones Laborales de Temporales UNO-A; no obstante, si bien no obran reportes de pago de los demás años en que prestó sus servicios, 2007 a 2012, el Despacho advierte que dichos valores también se encuentran satisfechos, como quiera que la propia demandante en el interrogatorio de parte así lo hizo saber, cuando afirmó *¿Esas cooperativas nunca le cancelaron sumas mensuales, semestrales o anuales? Claro que sí, yo recibía un salario de esas cooperativas, cualquiera que fuera me pagaba un salario.*

De modo entonces que el mencionado elemento de la relación laboral también fue acreditado.

11.3. Prestación personal del servicio

Finalmente, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, surge con claridad y sin lugar a duda que la demandante prestó de forma personal sus servicios a la entidad demandada, ya que está visto que realizó personalmente sus labores en las diferentes dependencias que conforman la entidad demandada, con los elementos, equipos de oficio e insumos puestos a su

¹⁷ Ver folio 2 cuaderno 2 pruebas parte demandada

¹⁸ Ver folios 3-38 Cuaderno No. 2 Pruebas Parte Demandada

disposición para la ejecución de sus actividades, y en los horarios señalados no por las Cooperativos de Trabajo Asociado a las cuales pertenecía, sino en el establecido en el hospital accionado, concluyéndose entonces que éste elemento se encuentra suficientemente probado.

En orden a lo anterior, se declarara que tuvo lugar una verdadera relación laboral entre el Hospital San Francisco ESE en calidad de empleador, y la señora Nubia Yamile Cuestas Castañeda como empleada, pese a haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios con Cooperativas Asociativas de Trabajo, configurándose un verdadero contrato realidad traído en virtud de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales, relación laboral que considera el despacho se encuentra demostrada desde el 01 de noviembre de 2007 y hasta el 30 de octubre de 2013, conforme se indica en la demanda y las varias certificaciones emitidas por las diferentes Cooperativas en las que estuvo vinculada la actora.

12. PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES SOLICITADAS.

En primer lugar, se dirá que desvirtuada la presunción de legalidad que revestía la situación contractual bajo la que prestaba sus servicios la accionante, ante la primacía de la realidad sobre las formas, debería ordenarse el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas por la entidad hospitalaria, en virtud de los principios constitucionales reconocidos en el artículo 53 superior, que consagra la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”.

Conforme a ello, debe señalarse que las prestaciones sociales, han sido clasificadas, dependiendo al cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas serán a cargo del empleador, y tal es el caso de las primas, cesantías, riesgos profesionales, etc.; y otras compartidas con el trabajador como ocurre con pensión y salud.

De manera que, en relación con aquellas prestaciones comunes u ordinarias, esto es aquellas que corresponde en exclusiva al empleador, ha advertido la jurisprudencia del órgano de cierre que no existe dificultad para su condena, pues deberá acudirse a las normas especiales que rigen dicha situación.

En tal sentido, es del caso ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales adeudadas, como son la prima de servicios, prima de vacaciones y

prima de navidad, las cuales devengaba un empleado público del nivel al que correspondía la accionante – auxiliar administrativo código 407 grado 06 de la planta temporal de Hospital San Francisco ESE -, teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales que fueron pactados y pagados.

Acto seguido, entrará el despacho a hacer el análisis de prescripción de las mencionadas sumas.

13. PRESCRIPCIÓN

Como quedó visto, en este caso las pretensiones de la demandante se encaminan a la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios de intermediación laboral, lo cual ocultó una verdadera relación laboral.

Conforme a las previsiones del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, los derechos laborales prescriben en un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que los mismos se hicieron exigibles.

En el caso del contrato realidad y según la sentencia de unificación SUJ 2-005-2016 del Consejo de Estado¹⁹, el término para reclamar los derechos surgidos de la relación laboral en cuanto a prestaciones sociales por contrato realidad, se empieza a contar a partir de la fecha de terminación de cada uno de los contratos ejecutados, razón por la que se hará el análisis del fenómeno prescriptivo así:

¹⁹ “Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales”.

FECHA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO	SOLICITUD DE RECLAMACIÓN	FECHA DE PRESCRIPCIÓN	PERIODO PRESCRITO
Del 1 de noviembre de 2007 al 30 de septiembre de 2008	26 de octubre de 2016	30 septiembre de 2011	SI
Del 1 de noviembre de 2008 al 30 de diciembre de 2009	26 de octubre de 2016	30 de diciembre de 2012	SI
Del 1 de enero de 2010 al 30 de enero de 2012	26 de octubre de 2016	30 de enero de 2015	SI
Del 01 de mayo de 2012 al 30 de agosto de 2012	26 de octubre de 2016	30 de mayo de 2015	SI
Del 01/09/2012 al 30/12/2012, del 01/01/2013 al 20/02/2013, del 21/02/2013 al 30/07/2013, del 01/08/2013 al 30/10/2013	26 de octubre de 2016	30 de octubre de 2016	NO

De conformidad con lo anterior, es claro que las prestaciones sociales adeudadas respecto a la vinculación con anterioridad al 01 de septiembre de 2012, se encuentran prescritos, en razón a que la fecha máxima para reclamar el pago de prestaciones de esa relación laboral era el 30 de agosto de 2015, y como se evidencia en el proceso, la solicitud fue presentada el 26 de octubre de 2016.

En cuanto a la relación laboral del 01 de septiembre de 2012 a 30 de octubre de 2013, se tiene que el plazo máximo para presentar la petición de reconocimiento y pago de prestaciones sociales era el 30 de octubre de 2016, y la petición fue radicada el 26 de octubre de 2016, esto es, dentro del término legal.

Es preciso recordar que las vinculaciones entre los periodos del 01 de noviembre de 2007 al 01 de septiembre de 2012, tuvieron interrupciones como quiera que entre una y otra transcurrieron más de 15 días, dando lugar a que la reclamación de reconocimiento del contrato realidad se deba hacer de forma individual, operando así el fenómeno prescriptivo conforme se acabó de indicar y atendiendo a lo señalado en el cuadro que antecede.

Contrario a ello, las vinculaciones posteriores, esto es, del 01 de septiembre de 2012 al 30 de octubre de 2013, si bien fueron múltiples, lo cierto es que entre ellas no existió interrupción alguna, por lo que es viable tomar todos los vínculos laborales como uno sólo y contar el término de prescripción desde la última vinculación.

Lo anterior se infiere claramente en sentencia del Consejo de Estado²⁰, donde se explicó:

“El actor prestó sus servicios a la IPS Centro de Salud Santa Bárbara en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2003 y el 30 de marzo de 2008, con interrupciones que dieron lugar a la solución de continuidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1042 de 1978, lo que significa con las reglas fijadas en la sentencia de unificación que se daba término a esa relación contractual y el actor debía solicitar el reconocimiento de sus prestaciones dentro del término de prescripción de 3 años.

- El demandante prestó sus servicios como médico general para la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara de manera ininterrumpida entre el 1 de abril y el 18 de julio de 2008.*

- La petición fue presentada ante las entidades demandadas el 29 de enero de 2009 y el vínculo finalizó el 18 de julio de 2008 con la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara.*

- De acuerdo con lo probado la última interrupción, se dio frente a la orden de prestación de servicios que se suscribió por un mes del 1 al 30 de septiembre de 2005 en tanto que entre el 30 de septiembre de 2005 y el 1 de noviembre de 2005, que fue la fecha de suscripción de la siguiente orden de prestación de servicios, transcurrió un mes, lo que dio lugar a aplicar la regla del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 y desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2008, tal y como se probó, el vínculo contractual fue continuo y permanente, lo que quiere decir que el actor podía reclamar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad existió durante este periodo en forma ininterrumpida dentro de los 3 años contados a partir de la terminación del vínculo contractual; lo que en efecto sucedió puesto que el vínculo terminó el 18 de julio de 2008 y la petición se presentó el 29 de enero de 2009. Luego entonces las prestaciones a las que tiene derecho el demandante comprenden el periodo transcurrido entre el 1 noviembre de 2005 y el 18 de julio de 2008. En este sentido se aclarará la sentencia recurrida⁸¹.*

Por lo tanto, se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se ordenará el pago de las prestaciones sociales, adeudadas a la actora y que hubiesen sido devengadas por un empleado público del nivel al que correspondía la accionante – auxiliar administrativo código 407 grado 06 de la planta temporal de Hospital San Francisco ESE -, teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales que fueron pactados y pagados, durante el periodo en que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad bajo sus órdenes, del 01 de septiembre de 2012 a 30 de octubre de 2013.

²⁰ Consejo de Estado, sentencia del 16 de julio de 2018, C.P. César Palomino Cortés, rad 68001-23-31-000-2010-00799-01 (2778-2013)

Teniendo en cuenta entonces las pruebas allegada y como quiera que las horas extras y las cesantías fueron canceladas por las cooperativas a las que estuvo afiliada, lo adeudado tendría que ver solamente con las primas de navidad, vacaciones y servicios que devengan los empleados públicos.

14. DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES A SEGURIDAD SOCIAL: SALUD y PENSIÓN

Ahora bien, de acuerdo con la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, durante la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones al régimen de seguridad social, tanto por el empleador como por el empleado, en tratándose de salud y pensión, y a cargo del primero cuando se está frente a riesgos laborales.

En cuanto al tema, la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló una serie de reglas en cuanto a los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad²¹, puntualmente:

«[...] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

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

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

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

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

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

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

Ahora, conforme la documental allegada al presente proceso, a las cláusulas contractuales avizoradas durante la prestación de los servicios a la entidad accionada, el pago de los aportes en salud y pensión estuvieron a cargo de las cooperativas de trabajo asociado y de la accionante, ya que en las liquidaciones de nóminas y prestaciones sociales así se prueba.

Pese a lo anterior y con respecto a la devolución de dineros que fueron sufragados por la demandante, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios bajo la modalidad de intermediación laboral durante el periodo ya reconocido, ya que frente a los demás operó la prescripción.

En virtud de lo anterior, deberá la entidad accionada conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993²² – pagar a la actora, la cuota parte que le correspondía cancelar en

²² "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario

calidad de empleador, por haber sido cotizados por la accionante.

En virtud de lo anterior, para la liquidación de las sumas adeudadas debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{Rh índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo pagado por la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se pagaron las sumas adeudadas).

15. DE LA SANCIÓN MORATORIA

En lo que tiene que ver con la pretensión de reconocer la **sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones**, la misma se negará, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza de la beneficiaria, por lo cual no hay viabilidad para reconocer esta sanción por incumplimiento, de conformidad con lo señalado reiteradamente por el Consejo de Estado.

Además y como quiera que en el presente asunto las cesantías ya fueron reconocidas y pagadas a la accionante por las Cooperativas a las que se encontraba afiliada.

Con respecto al asunto que nos ocupa en este acápite nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 13 de agosto de 2018, radicación 81001233300020130011801 (0973-2016) ha señalado:

“En ese orden, para el caso bajo estudio no resulta procedente su reconocimiento y pago a partir de la ejecutoria del fallo que declara la existencia de la relación laboral como lo pretende la parte actora, por cuanto, la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)”

En ese sentido, solo a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, se determina la existencia de una verdadera relación laboral y en consecuencia, se hacen exigibles los derechos laborales y prestacionales para la demandante. En efecto, el derecho al reconocimiento de las cesantías solo es exigible después de la ejecutoria de la sentencia que así lo ordena y a la entidad solo le surge la obligación de pagarlos desde ese momento, luego la morosidad en el cumplimiento del pago de dicha prestación no puede contarse sino a partir de dicha fecha en que la administración tiene claridad acerca de la obligación que se reconoce judicialmente.

(...)"

16. RECAPITULACIÓN

Así las cosas, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que los elementos de prueba obrantes en el plenario, dan cuenta que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre la demandante y el Hospital San Francisco ahora Unidad de Salud de Ibagué USI, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios en la modalidad de intermediación laboral, configurándose el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales.

Por lo tanto, se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se ordenará el pago de las prestaciones sociales prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios adeudadas a la actora y que hubiesen sido devengadas por un empleado público del nivel al que correspondía la accionante – auxiliar administrativo código 407 grado 06 de la planta temporal de Hospital San Francisco ESE -, teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales que fueron pactados y pagados, durante el periodo en que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad bajo sus órdenes, del 01 de septiembre de 2012 a 30 de octubre de 2013.

Así mismo, se ordenará a la accionada, conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993²³ –

²³ "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario

pagar a la actora, la cuota parte que le correspondía cancelar en calidad de empleador, por haber sido cotizados por la accionante.

17. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la misma, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas **favorablemente**, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la Policía Nacional, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de PRESCRIPCIÓN con respecto a las sumas adeudadas con anterioridad al 01 de septiembre de 2012, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del del acto administrativo No. 21 de noviembre de 2016, expedido por el Hospital San Francisco mediante el cual

base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)"

niega la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter laboral con la demandante y el consecuente pago de las prestaciones sociales reclamadas.

TERCERO: CONDÉNESE a la UNIDAD DE SALUD DE IBAGUE – USI- como sucesor procesal del HOSPITAL SAN FRANCISCO a reconocer y pagar a la señora NUBIA YAMILE CUESTAS CASTAÑEDA identificada con cédula de ciudadanía N° 65.784.365 el valor de las prestaciones sociales adeudadas, PRIMA DE SERVICIOS, DE VACACIONES Y DE NAVIDAD, que hubiesen sido devengadas por un empleado público del nivel al que correspondía la accionante – auxiliar administrativo código 407 grado 06 de la planta temporal de Hospital San Francisco ESE -, teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales que fueron pactados y pagados, durante el periodo en que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad bajo sus órdenes, del 01 de septiembre de 2012 a 30 de octubre de 2013, en los términos expuestos en la parte considerativa y en virtud del fenómeno prescriptivo declarado.

CUARTO: Condenar a la UNIDAD DE SALUD DE IBAGUE – USI- como sucesor procesal del HOSPITAL SAN FRANCISCO a que proceda conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993²⁴ – a pagar a la actora, la cuota parte que le correspondía cancelar en calidad de empleador, por haber sido cotizados por la accionante, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO.- Las sumas que arrojen los numerales **anteriores** deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

SEXTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma equivalente al 4% de lo pedido, como agencias en derecho.

²⁴ "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)"

OCTAVO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A modificado por la Ley 2080 de 2021.

DÉCIMO.- Expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

UNDÉCIMO.- Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes la parte demandante deberá solicitar su devolución conforme lo dispuesto en la **Circular DEAJC19-43 de fecha 11 de junio de 2019, expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Consejo Superior de la Judicatura.**

DUODÉCIMO.- En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático JUSTICIA XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes', is written over a light blue rectangular background.

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ**

Firmado Por:

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

23d595b41ed7c60c4891733ef6317cbb44445ebadc4c32e87dfe901de8eff345

Documento generado en 15/03/2021 04:02:07 PM

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