

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Proceso: Ordinario Laboral
 Demandante: FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERON
 Demandado: HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E.
 HOSPING S.A.S., ALIANZA SOLIDARIA COOPERATIVA
 MULTIACTIVA DE PROFESIONALES, INBIOCOL S.A.S., GRUCON
 S.A.S. -UNION TEMPORAL INGENIERÍA HOSPITALARIA
 Motivo: Apelación sentencia
 Procedencia: Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué Tolima
 Radicación: 73001-31-05-003-2016-00315-01

Magistrado Ponente: Dr. **OSVALDO TENORIO CASAÑAS**

APROBADO EN SALA DE DISCUSION, SEGUN ACTA No. 27 DEL 19 DE AGOSTO DE 2021

Hoy, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiunos (2021), vencido el término para alegar concedido a las partes, se procede a resolver el recurso de apelación, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué-Tolima.

I. ANTECEDENTES

FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN, a través de apoderado judicial solicita se declare que entre él como trabajador y el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E, existió un contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el día 01 de noviembre de 2009 y el día 08 de agosto de 2015, fecha ultima en la cual le fue terminado el contrato unilateral e injustamente.

-Consecuentemente, se condene al pago de salarios del 01 al 08 de agosto de 2015, cesantías e intereses a las cesantías del 1º de abril al 8 de agosto de 2015, primas de servicios segundo semestre 2015, vacaciones del 1º de abril al 8 de agosto del mismo año, aportes a pensión del 1º al 5 de marzo de 2012, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, indemnización por despido injusto, indexación, indemnización moratoria y costas.

-Se condene solidariamente a HOSPING S.A.S, La UNION TEMPORAL INGENIERIA HOSPITALARIA, conformada por ALIANZA SOLIDARIA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESIONALES e INBIOCOL S.A.S. y GRUCON S.A.S.

Como fundamento a las anteriores pretensiones, expuso los siguientes

HECHOS:

-Refiere que prestó servicios como electricista para el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, así:

-Como trabajador en misión de HOSPING S.A.S. del 1º de noviembre de 2009 al 29 de febrero de 2012.

-Como trabajador en misión de ALIANZA SOLIDARIA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESIONALES, del 1º de marzo de 2012 al 30 de mayo de 2014.

-Como trabajador en misión de Alianza Solidaria Cooperativa Multiactiva de Profesionales e INBIOCOL S.A.S., las cuales integran la UNION TEMPORAL INGENIERIA HOSPITALARIA, en el lapso del 1º de junio de 2014 y el 30 de marzo de 2015 y,

-Como trabajador en misión de GRUCON S.A.S del 1º de abril al 08 de agosto de 2015.

-Que entre ALIANZA SOLIDARIA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESIONALES y la UNION TEMPORAL INGENIERIA HOSPITALARIA, existió una sustitución patronal, en virtud de la cual, a partir del día 01 de junio de 2014 el nuevo empleador son las personas jurídicas que integran la mencionada Unión Temporal.

El 11 de abril de 2016 se celebró audiencia de conciliación entre la UNION TEMPORAL INGENIERIA HOSPITALARIA y el actor, por los derechos laborales comprendidos entre el 01 de marzo de 2012 y el 31 de marzo de 2015.

-Siempre se desempeñó en el cargo de Técnico Electricista en las instalaciones de las sedes el Limonar y la Francia del Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E., en horario de 7:00 A.M. a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M. de lunes a jueves, los viernes de 7:00 A.M. a 12 M y de 2:00 P.M. a 5 P.M. y los sábados de 8:00 A.M. a 12:00M.

-Devengó \$933.000.00 cuando se dio la intermediación laboral con HOSPING S.A.S., \$1.000.000.00 con ALIANZA SOLIDARIA COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PROFESIONALES y un promedio de \$1.150.000.00, cuando prestó los servicios con la intermediación de GRUCON S.A.S.

-Al momento del despido se le quedaron adeudando salarios del 1º al 8 de agosto de 2015, cesantías y sus intereses del 1º de abril al 8 de agosto de la misma anualidad, prima de servicios proporcional del segundo semestre, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a pensión del 1º al 5 de marzo de 2012.

-Ostentó la calidad de trabajador oficial por estar vinculado al área de servicios generales de la entidad hospitalaria y por ende le correspondía el reconocimiento de los derechos propios de un trabajador oficial y pese a ello no se le reconoció la prima de navidad, de vacaciones, la bonificación por servicios y el auxilio de transporte.

-Durante el periodo en que prestó sus servicios, estuvo bajo la subordinación del jefe de recursos físicos, de los jefes de servicio de cada piso o dependencia, quienes pertenecían a la planta de personal del Hospital Federico Lleras Acosta, y algunas de las herramientas de mano eran de propiedad de los contratistas.

-El 8 de agosto de 2015 le fue terminado unilateral e injustamente el contrato por parte de GRUCON S.A.S. (fls. 41-48)

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue admitida mediante providencia del 23 de agosto de 2016 (fls. 50-51), notificándose personalmente a Alianza Solidaria Cooperativa Multiactiva de Profesionales a folio 62, INBIOCOL S.A.S. a folio 63, el Hospital Federico Lleras Acosta a folio 76, por medio de apoderado judicial a GRUCON S.A.S. a folio 79 y HOSPING S.A.S. por medio de edicto emplazatorio a folio 300, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público a folios 309 a 311.

La COOPERATIVA MULTIACTIVA ALIANZA SOLIDARIA, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos aceptó el 2°, 3° y 5°, parcialmente el 1°, 4°, 6° y 7°, desconoce del 8° al 13°, no consideró un hecho el 14° y 15° y negó el 16° y 17°. Propuso las excepciones de mérito de *"Enriquecimiento sin causa, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido"*, *"Inexistencia de la obligación"* *"Mala fe del demandante"* e *"innominadas"* (fl. 161-168)

El demandado HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, describió traslado a folios 180 a 189, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, dijo no constarle los hechos 1°, 2°, del 4° al 13° y 18°, explicó el 3°, se abstuvo de pronunciarse respecto del 4°, 5° y negó el 16° y 17°. Planteó las excepciones de fondo de *"Improcedencia del despido injusto"* y *"Prescripción"*.

La Sociedad GRUCON S.A.S. contestó la demanda a folios 225 a 234, mostrando desacuerdo con las pretensiones, en cuanto a los hechos dijo no constarle del 1° al 3°, 7°, negó el 4°, 5° y del 8° al 18° y sometió a prueba el 6° y 19°. Planteó las excepciones de mérito que denominó *"Prescripción"* e *"Incumplimiento de obligaciones laborales por parte del trabajador"*.

La sociedad INBIOCOL S.A.S., describió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones invocadas por el demandante, en cuanto a los hechos, aceptó el 2°, 3°, 5°, parcialmente el 1°, 4°, 6°, 7°, dijo no tener conocimiento del 8° al 13°, no consideró un hecho el 14° y 15° y negó el 16° y 17°. Propuso las excepciones de mérito que denominó: *"Enriquecimiento sin causa, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido"*, *"Inexistencia de la obligación"*, *"Mala fe del demandante"* e *"innominadas"* (fl.236-243)

La sociedad HOSPING S.A.S describió el traslado a folios 289 a 297, mostró desacuerdo con las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el 3°, 6° y 19°, parcialmente el 1° y 4°, dijo no constarle y sometió el 2°, 5°, del 7° al 13° y 18°, negó el 14° y explicó del 15° al 17°. Propuso la excepción previa de *"Cosa juzgada"* y las de mérito que denominó *"Cobro de lo no debido"*, *"Pago a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos"*, *"Prescripción"*, *"Inexistencia de un contrato a término indefinido"*, *"Inexistencia a la categorización de trabajador oficial"* *"Ultra y extra petita"*, *"Genérica"* y *"Buena fe"*; a su vez, llamó en garantía a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA a folio 261 y 262, el cual fue admitido a folio 348, notificada a través de apoderado judicial a folio 369.

La llamada en garantía Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., contestó a folios 370 a 377, en cuanto a las pretensiones dijo que coadyuvaba lo manifestado por los demás demandados al pronunciarse sobre éstas, en cuanto favorezcan a su representada, dijo no constarle y sometió a prueba la totalidad de los hechos. Planteó las excepciones de mérito que llamó *"Cobro de lo no debido"*, *"Prescripción de las acreencias laborales"*, *"Cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro"*, *"imposibilidad de extenderse el carácter subjetivo de la mala fe"*

como fundamento de las indemnizaciones laborales en los responsables solidarios”, “No cobertura por falta de vigencia temporal”, “Falta de aviso sobre siniestro a la aseguradora”, “Limitación de la responsabilidad al valor asegurado”, “cobro de lo no debido”, “Excepción genérica de fondo” y “Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”.

El 13 de abril de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T.S.S, se declaró fracasada la etapa conciliatoria, declaró no probada a excepción previa de “Cosa juzgada”, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas pedidas por las partes y agotaron las demás etapas correspondientes. (fl.398-402)

DEL FALLO DE INSTANCIA

Clausurada la etapa probatoria y escuchados los alegatos de conclusión efectuados, el Juez de instancia dictó sentencia en la que declaró prospera la excepción de “Inexistencia a la categorización de trabajador oficial “propuesta por HOSPING S.A.S, negó todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante y a favor de la demandada.

Fundamentó su decisión indicando que el demandante fue vinculado a través de diferentes empresas que se ganaron el derecho a prestar determinados servicios no misionales para el Hospital, recibía las órdenes del coordinador de cada una de esas empresas, quienes pagaban su salario y seguridad social integral, le proporcionaban las herramientas e insumos para prestar eficientemente el servicio, aceptando el actor que ninguna de las contratantes y llamadas a responder solidariamente, quedaron debiendo emolumento alguno, a excepción de la sociedad GRUCON SAS., quien lo contrató verbalmente.

Concluyó que si bien prestó sus servicios para el Hospital demandado, no se podía tener como su empleado y menos que hubiese ostentado la calidad de trabajador oficial, cuando fungió como verdadero trabajador de las demandadas en solidaridad.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante inconforme con la decisión, la recurrió apoyado concretamente en que el A quo no tuvo en cuenta que la actividad que prestaba el accionante, existía con antelación al año 2000 y pertenecía a la planta de personal del Hospital Federico Lleras Acosta; que el cargo desempeñado por el actor es indispensable, necesario y conexo al servicio que presta el ente hospitalario ya que sin aquel servicio, no se podría cumplir a cabalidad con el objeto social de la entidad, pues todas las plantas eléctricas y calderas, eran la fuente de energía eléctrica de las instalaciones y era su representado, el encargado de hacer el mantenimiento de aquellas, las cuales eran de propiedad del Hospital.

Manifestó que si bien era cierto a partir del 2000 se habían tercerizados actividades, conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional, las entidades del Estado pueden tercerizar algunos servicios, pero sometiéndose a unos condicionamientos básicos, dentro de los cuales se tiene la temporalidad del servicio contratado, que en el caso puntual no podía hablar de temporalidad, cuando se acreditó con suficiencia que la prestación del servicio, se dio en un lapso comprendido entre noviembre de 1999 y agosto de 2015, no siendo jurídicamente posible admitir que existía una temporalidad, añadiendo el hecho de que la actividad realizada, era

necesaria y de vital importancia para que la entidad desarrollara su objetos social, pues sin aquella, su actividad colapsaría y no podría cumplir su objetivo.

Aseguró que las intermediarias no obraron con autonomía e independencia, ya que el contratista es quien debe suministrar los insumos, materiales y demás elementos para la prestación del servicio, acreditándose que el hospital suministraba insumos para que el actor prestara el servicio, que para el tipo de contratación no podía hacerse, pues solo estaba autorizado el contratista.

Adujo que también se encuentra probado que el hospital le impartía ordenes e instrucciones al demandante, indicando incluso que la declaración del señor Tovar había sido muy diciente en señalar que él era la persona encargada de suministrar el mantenimiento para que se prestara el servicio a las maquinas, las cuales reiteró, eran de propiedad de la entidad hospitalaria.

Aunado a lo anterior, dijo que se había acreditado que el demandante también hacia el mantenimiento de las redes hospitalarias, actividad que el hospital no contrató con las contratistas, pues esa función de redes solo la realizaban las personas que pertenecían a la planta de personal del hospital, circunstancia que desvirtuaba que los contratistas hayan actuado con autonomía e independencia, lo que llevaba a concluir que el contrato de trabajo debía ser declarado con el Hospital Federico Lleras y no con las contratistas, insistiendo que la subordinación y dependencia era ejercida por el hospital, por lo que solicitó se revoque la decisión de primera instancia, se declare el contrato de trabajo con el ente Hospitalario por el periodo comprendido entre noviembre de 1999 y agosto de 2015 y se acceda a las condenas peticionadas.

Alegatos de conclusión

El apoderado judicial de la parte demandante presentó sus alegatos, en los que solicita se tenga por reproducidos los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Igualmente peticiona se revoque la decisión de primera instancia, al quedar acreditado con la testimonial y documental que el actor prestó sus servicios para el Hospital accionado por el periodo del 1º de noviembre de 2009 al 8 de agosto de 2015, desarrollando labores propias de un trabajador oficial como es el cargo de técnico electricista.

Finalmente solicitó se tenga en cuenta las decisiones proferidas en los procesos promovidos por CESAR MAURICIO MATTA y JAMES MAURICIO GUERRERO MOLINA contra EL HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E. y solidariamente contra la CTA LABORAMOS, COOSERTEC, HOSPING S.A.S. y ALIANZA SOLIDARIA, con radicados Nos. 2013-623 y 2014-002, tramitados ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, cuyos hechos y pretensiones son iguales al presente proceso, para lo cual reitera, se acceda a las pretensiones y se revoque la decisión de primera instancia.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué en el proceso de la referencia, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES:

Sobre el problema a resolver.

Advierte esta Sala de Decisión que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben entonces a:

- Establecer si se reúnen las condiciones exigidas para declarar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con el Hospital Federico Lleras Acosta, o si contrario a ello, esa relación jurídica tuvo como origen otra modalidad contractual.
- De alcanzar prosperidad la declaratoria del contrato de trabajo con el ente Hospitalario, definir si le asistía al señor MENDOZA CALDERON el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales peticionadas.

Inicialmente ha de señalarse que el Hospital Federico Lleras Acosta es una Empresa Social del Estado, por tanto, para determinar la calidad que ostentó el señor MENDOZA CALDERON, nos remitiremos a lo preceptuado por el artículo 134 de la Ley 100 de 1993, que, a su vez, remite a la Ley 10 de 1990, en su artículo 26, dispone:

"ARTICULO 26: En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
 - b. *Los de director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
 - c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.*
 - d. *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.*

..."

De acuerdo con la documental allegada y la testimonial recepcionada, el accionante se desempeñó como técnico electricista al servicio del Hospital demandado, por lo que es necesario determinar si dicho cargo se encuentra dentro de alguna de las categorías que pueden ser consideradas como trabajadores oficiales, mencionadas en el parágrafo del artículo 26 y para ello se debe tener en cuenta lo analizado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-785 de 2006:

"(...)

No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, "aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente."^[37] Por su parte serían (ii) servicios generales, "aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria." (...) "Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual."^[38] Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería.

...

En igual sentido, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción en sentencia de 29 de junio de 2011, radicado 36.668 con ponencia del Magistrado GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, indicó:

"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. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

"1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1º de la Ley 61 de 1987¹

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

"a) Los de Secretario de Salud o Director Seccional o Local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente;

"b) Los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes;

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

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

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

Nítidamente surge del texto legal que, por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria.

Por vía de excepción –que comporta una exégesis restrictiva, alejada de la analogía y distante de la extensión, a efectos de que la salvedad no devenga en principio general, que, sin duda, terminaría por distorsionar el prístino y correcto sentido de la norma-, son trabajadores oficiales,

¹ Derogado expresamente por el artículo 87 de la ley 443 de 1998

unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales–, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general.

Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:

"...los „servicios generales“ dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran".

Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó:

"...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos".

Es decir, por regla general quienes prestan sus servicios al interior de una E.S.E son empleados públicos y por excepción sólo quienes tienen labores relacionadas con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos son trabajadores oficiales.

Conforme a las labores que desempeñó el actor como técnico electricista, ejecutando actividades de mantenimiento de redes eléctricas, telefónicas, de equipos industriales y biomédicos, se pueden catalogar como de mantenimiento de la planta física hospitalaria y/o servicios generales por comprender actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física, destinados al servicio público esencial de salud, propias de un trabajador oficial, las cuales ejecutó

de manera continua e ininterrumpida, en consecuencia, en aplicación al párrafo de la norma y jurisprudencia citada, el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial.

Ahora, en cuanto al contrato de trabajo, el artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, lo define como *"la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquella cierta remuneración"*.

A su turno, el artículo 2º del mencionado Decreto, establece que para que se configure un contrato de trabajo se requiere que se reúnan tres elementos:

- a) la actividad personal,
- b) la subordinación y
- c) la retribución por los servicios prestados

Una vez demostrados los mencionados elementos, en su artículo 3º dispone que *"el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de labor, ni del tiempo que en su ejecución invierta, ni del sitio donde se realice, así sea en el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ya sea en dinero, o en especie, o ya en simple enseñanza, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera"*.

A su vez el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 preceptúa que el contrato de trabajo se presume entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y corresponde a este último desvirtuar la presunción.

En el presente caso, el demandante indicó que había laborado de manera continua e ininterrumpida en las Instalaciones del Hospital desde 1999, ejerciendo el cargo de técnico electricista y ejecutando todas las actividades que de ello se desprendieran; de igual forma, manifestó que recibía órdenes por parte del coordinador de cada contratista, pero también del gerente de planta del hospital y de los jefes de piso, quienes eran los que le indicaban las tareas a realizar en caso de necesitarse un arreglo en la planta del Hospital y que cuando requería suministros, los solicitaba al Hospital, pues una parte era de propiedad de este y otra del contratista.

Acorde con las pruebas arrojadas, el señor FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN prestó sus servicios como técnico electricista, así lo permite establecer no solo los contratos aportados, sino la aceptación que de ello hizo la parte demandada y lo manifestado por los testigos traídos al proceso, por lo que la atención se centrará en verificar si hubo o no subordinación, el elemento determinante para establecer la naturaleza del vínculo y que señala la parte recurrente estuvo presente en la relación contractual suscitada entre el demandante y el Hospital demandado.

Para tal efecto se acude a la prueba testimonial, dado que la documental no da cuenta de tal elemento distintivo del contrato de trabajo, vale decir, de la subordinación y para ello se procede a analizar la prueba testimonial, quienes indicaron:

DAVID TOVAR SALAZAR, expuso que fue compañero de trabajo del demandante durante 4 o 5 años, comenzó a laborar con el Hospital en la parte eléctrica y el testigo en mecánica, el demandante empezó a trabajar con el Hospital Federico Lleras Acosta aproximadamente en el 2010 o 2012 hasta más o menos el 2016 de manera continua e ininterrumpida, cumplió el mismo horario de Fredy; que era el almacén del Ente Hospitalario el que suministraba los elementos para trabajar, asegurando que a Fredy lo llamaban los jefes de piso cuando se dañaba algo, era el encargado del mantenimiento de las calderas, el señor CESAR TICORA fue el jefe directo de mantenimiento del Hospital y era quien le impartía ordenes al demandante.

JOSE CAMILO ORTEGA, dijo que ingreso a laborar en diciembre de 2009 hasta noviembre de 2017, en el área de lavandería y en mantenimiento industrial, conoce al actor porque fue su compañero de trabajo, todos los técnicos llegaban siempre a cambiarse en el mismo lugar que se llama mantenimiento, dijo que no trabajó con HOSPING, no firmaban libro de entrada, siempre vio al demandante prestar sus servicios de forma subordinada, continua e ininterrumpida, se cambiaba a los contratista, pero continuaban laborando los mismos, siempre se quedaban los más importantes, el demandante se desempeñó como técnico electricista, cambiar bombillos, balastos, mantenimiento preventivo, cambio de interruptores.

JUAN CARLOS GONGORA, explicó que es técnico electrónico, desde hace 20 años trabaja con el Hospital, siempre ha estado en la parte de comunicaciones, que tiene que ver con telefonía y redes de datos, solo cableado. Conoce al demandante desde que el Hospital compró la sede del limonar, porque el empezó a ejercer como electricista. Narró que en el hospital siempre tienen un coordinador que imparte ordenes, que es el hospital quien genera una orden que pasa a la secretaria de la empresa y ésta la hace llegar a los trabajadores, pero si ocurría una emergencia, no se generaba orden. Conoce al señor CESAR TICORA, porque era trabajador de planta del Hospital y fue el jefe de la parte de recursos físicos. Finalmente dijo que el demandante debía cumplir horario el cual siempre fue el mismo.

La prueba testimonial, fue contundente y concordante en señalar la forma como el accionante cumplió su labor a favor del Hospital Federico Lleras Acosta, además es certera a la hora de referir sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tales servicios, versiones que gozan de credibilidad en tanto obedecen a conocimiento directo de los hechos narrados en razón a haber fungido como compañeros de trabajo del actor, debiéndose anotar que con la versión de dichos testigos en lugar de desvirtuar la presunción consagrada a favor del actor, en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la corroboran.

Así, al encontrarse acreditado que el demandante le prestó sus servicios personales al Hospital Federico Lleras Acosta, para ejercer una labor inherente a su objeto social, pues si bien la actividad de las demandadas en solidaridad es el suministro de personal para desarrollar determinadas labores, el actor ejecutó funciones de mantenimiento de la planta física, servicios que fueron remunerados y por ello se concluyó que a su favor operó la presunción legal establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, según la cual, la labor por él desplegada se desarrolló en virtud de una relación de trabajo regida por un contrato de trabajo, habiendo fungido como empleador el beneficiario de los servicios, esto es, el Hospital Federico Lleras Acosta, presunción que como dijo, no fue desvirtuada por la parte demandada, en virtud a que no obra ningún medio de prueba a través del cual se tenga por acreditado que en las labores realizadas por el demandante no estuvo sometido a la vigilancia, control, subordinación técnica y administrativa por parte de la E.S.E., pues por el

contrario lo que se desprende del acervo probatorio es que éste debía cumplir con las órdenes que se le impartían por parte de la demandada.

A la misma conclusión se arriba si se parte de lo dispuesto por los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945, según los cuales, los elementos esenciales del contrato de trabajo, son la actividad personal del trabajador; la dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a este la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y; el salario como retribución del servicio, demostrados éstos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones características del empleador ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie, como tampoco del sistema de pago.

Así mismo, el demandante no era trabajador de las demandadas en solidaridad, sino del ente Hospitalario, al encontrarse acreditado que estas no actuaron en su condición de contratista independiente sino de intermediarias, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2127 de 1945, no se configuraron los presupuestos fácticos que diferencian un contratista independiente de un intermediario, como quiera que su actividad no fue otra que la de contratar los servicios del demandante para ejecutar la función como técnico electricista y por cuenta exclusiva de éste, conclusión a la que se llega puesto que el demandante no realizó las labores en las condiciones de tiempo, modo y lugar determinados por éstas ni con los medios y elementos de trabajo por ella suministrados, sino bajo la subordinación y dependencia del ente Hospitalario, con los elementos y productos por éste suministrados.

Es importante precisar que la "**intermediación laboral**", es el término correcto que debe ser utilizado en vez de "**tercerización laboral**", que utilizó el Decreto 583 del 2016, término que fue anulado por el Consejo de Estado en sentencia No. 2218-2016, dado que el término "tercerización" es definido como alternativa de acudir a un proveedor externo a una compañía para atender necesidades de diversa índole en beneficio de la producción y eficientes resultados, que ante la confusión que se ha dado a dicho concepto la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aclaró lo que debe entenderse por subcontratación -término equivalente a los varios que se utilizan para referirse al tema como el de *outsourcing*, tercerización y externalización-, al separar el concepto en dos contenidos a los que puede dar lugar esa tercerización².

Es decir, que el tema ha sido confuso en su manejo y aplicación, lo que se acentuó con la expedición del Decreto 583 del 2016, que asimiló los dos tipos de

² "El primer sentido define la subcontratación de bienes y de servicios en que este tipo de tercerización es "aquella mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos", en la que prima la autonomía del tercero en cuanto al manejo de su propia empresa en aspectos administrativos, financieros y de recurso humano, con independencia de quien lo contrate, porque de lo que se trata es de producir un resultado final.

Definido el concepto, lo distingue del de mano de obra y/o recurso humano, que tiene un contenido y alcance diferente, para lo cual la OIT especifica que "el objetivo único o predominante es el suministro de mano de obra (y no de bienes y servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere".

En ese orden de ideas, no se debe confundir la subcontratación de bienes y de servicios con la laboral, que, aunque tienen en común el acudir a un tercero, se trata de dos situaciones con naturaleza y características diferentes".

tercerización en una sola, al unificarlas en un solo término que no se había utilizado en la legislación colombiana: "tercerización laboral", entendida esta como "los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes y servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes" (D. 1072/15, art. 2.2.3.2.1, num. 6º; D. 583/16, art. 1), habilitando de esta forma a toda persona natural o jurídica a manejar trabajadores a terceros bajo la figura de la tercerización de procesos de bienes y de servicios sin diferenciación alguna.

Ante la confusión generalizada, como se indicó en precedencia el Consejo de Estado (2218-2016), anuló la parte de la definición y el alcance de ese Decreto 583 del 2016, haciendo una clara distinción de lo que debe entenderse en la legislación colombiana por "tercerización", que aplica a la de bienes y de servicios como resultado final, y la "intermediación laboral", que se refiere al envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en sus actividades misionales permanentes, actividad que únicamente podrá ser desarrollada por las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, hoy incorporado en el decreto único reglamentario número 1072 de 2015. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a ninguna persona natural o jurídica que no esté debidamente acreditada como Empresas de Servicios Temporales a través de una autorización otorgada por este Ministerio y solo de adelantar en los casos que la Ley así lo haya autorizado".

Así las cosas, la "tercerización" está prevista para el caso de los contratistas independientes, las cooperativas de trabajo asociado, las empresas asociativas de trabajo y el contrato colectivo sindical. Basta con solo revisar el objeto social de cada una de estas figuras para constatarlo.

Y cuando se trata de "intermediación laboral", debe entenderse el envío de trabajadores en misión a terceros para colaborarles temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales permanentes es decir, las actividades propias del usuario contratante, o sea, las misionales permanentes, que, para el caso particular de la prestación del servicio temporal, se definen como "aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa". (D. 1072/15, art. 2.2.8.1.41, tercer párrafo)

En este contexto, la medida de temporalidad aplica a los servicios específicos y concretos de colaboración que se presenten en la actividad de un tercero beneficiario de ese servicio, que la ley llama usuario, en los eventos o situaciones que se reseñan en la ley como reemplazos de personal por diferentes razones, incrementos en la producción, ventas o transporte, sector agrícola y cualquier tipo de servicio (L. 50/90, art. 77), es decir, la medida de temporalidad no aplica al trabajador en misión, ni al cargo que este desempeña, ni al oficio, sino que corresponde a la naturaleza del evento previsto por la ley.

Es decir, que no se debe confundir la intermediación laboral (envío en misión de trabajadores a terceros para colaborar temporalmente en desarrollo de sus actividades misionales permanentes) con la tercerización de bienes y de servicios, pues debe tenerse claridad que en la "tercerización" se acude a terceros para obtener un resultado final en la producción de un bien o la prestación de un servicio y que se ejecuta por el contratado con sus propios recursos técnicos, administrativos, financieros y humanos, y con plena autonomía y que los únicos autorizados por ley para intermediar laboralmente en labores misionales permanentes de forma temporal son las empresas de servicios temporales.

En la intermediación laboral, la contratación de trabajadores en misión es directa y no indirecta, ni precaria. Es el mecanismo previsto por la ley para la formalización del trabajo flexible y quienes utilizan la figura de la tercerización tienen limitación para hacer intermediación laboral, mas no para el desarrollo y/o ejecución de actividades de producción de bienes y prestación de servicios en labores misionales del tercero, es decir que su restricción es para hacer intermediación laboral.

En consecuencia, al evidenciarse la ilegalidad de la intermediación laboral, el verdadero empleador aquí es el Hospital Federico Lleras Acosta quien se benefició del trabajo en razón a la prestación personal del servicio, lo que deriva en un contrato de trabajo realidad, como lo ha dejado claro la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en distintas sentencias como la SL1832-2021 o la SL1304-2021 y, en ese orden, en aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, concluye la Sala que la demandada HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOTAS, fue el verdadero empleadora del señor FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN.

Otro aspecto que fue recurrido es la continuidad en la prestación del servicio, pese a la existencia de diversos contratos que fueron allegados al plenario, con las demás pruebas documentales adosadas ha de tenerse por demostrado un solo contrato, pues conforme a los aportes al plenario, estos fueron realizados en forma continua e ininterrumpida, lo que corrobora lo asegurado por los testigos, que no hubo interrupción entre uno y otro contrato, por tanto, conforme a lo decantado por la jurisprudencia nacional luego de valorar esta práctica de intermediación laboral, impuso en una sana hermenéutica, crear una barrera de protección en procura de evitar que este tipo de contratación se utilizara para evadir obligaciones laborales mínimas e irrenunciables.

Para reafirmar la posición basta con recodar la línea que sobre la materia ha indicado la Doctrina Constitucional, en lo que respecta al "tercero" establecido en el artículo 77 de la ley 50 de 1990³, e igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse al respecto⁴.

³"(...) "El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable "hasta por seis (6) meses más", es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino. En el proyecto de ley, el término inicial y el de prórroga eran de un año, que el Congreso de la República redujo a la mitad; pero la finalidad, inequívoca, era la misma. En la exposición de motivos, al respecto, se lee:

"El control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombianos.

"El pliego de modificaciones incluye algunos puntos que seguramente ayudarán a desmontar los abusos que bastantes perjuicios están causando a los trabajadores. Son los siguientes:

"Se disminuyen a un año, con otro de prórroga, los períodos máximos de contratación de trabajadores temporales. La medida debe evitar que persista la tendencia de sustituir trabajadores permanentes por temporales".

Si se compara esta norma con el artículo 25 de la Constitución, se ve que se ajusta al principio de que el trabajo "goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado..."³

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS Referencia: Expediente No.31507 Acta No. 23 Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil ocho (2008):

"En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos

Es de resaltar que tampoco se demostró que la vinculación del accionante haya obedecido a la necesidad de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y mucho menos para atender el incremento en la producción, el transporte ni las ventas de productos o mercancías.

Así las cosas, estima la Sala que la decisión adoptada por el Juez de primer grado no se ajusta al material probatorio allegado y que el Hospital demandado no cumplió en este evento con la carga de la prueba de su incumbencia, la cual se dirigía a desvirtuar la presunción legal que operaba en favor del actor al demostrar la prestación personal de sus servicios a la Empresa Social del Estado accionada.

Siendo así, no le queda más a la Sala que declarar que entre el demandante y el Hospital Federico Lleras Acosta existió un verdadero contrato de trabajo, por el periodo del 1º de noviembre de 2009 al 8 de agosto de 2015 en el cual el primero ejercía funciones en calidad de trabajador oficial, en ese orden ideas, corresponde en esta instancia, analizar las prestaciones sociales propias de tal calidad.

Previo a efectuar las liquidaciones correspondientes, se procede a analizar la excepción de **"Prescripción"**.

Teniendo en cuenta las labores desarrolladas por el demandante y la naturaleza de la entidad demandada, nos encontramos frente a un trabajador oficial.

En tratándose de trabajadores de tal naturaleza encontramos que la excepción de prescripción se encuentra regulada por el Decreto 3135 de 1968 artículo 41, que establece:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

A su vez el Decreto 1848 de 1969, reglamentó el referido Decreto 3135 de 1968, indicando en su artículo 102:

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

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

En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación al empleador de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador..."

Obra a folios 38 a 40 del expediente, el escrito de reclamación elevada por el señor FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERON al ente Hospitalario demandado, el cual fue recibido el 29 de junio de 2016, y la demanda que nos ocupa fue presentada el 1° de agosto de 2016 (fl.1), desprendiéndose claramente que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 29 de junio de 2013, se encuentran prescritas, a excepción de las cesantías.

Salarios:

Indicó el actor que al momento de terminársele el contrato, le quedaron adeudando salarios del 1° al 8 de agosto de 2015, sin embargo, dichas sumas fueron cubiertas a folios 27 y 28, no siendo viable ordenar suma alguna.

Cesantías:

Por disposición del Art. 45 del Decreto 1045 de 1978, estas deben ser liquidadas de acuerdo con los factores, siempre que se perciba al momento de la liquidación, tales como: La asignación básica mensual, gastos de representación y la prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, auxilios de alimentación y transporte, prima de Navidad, bonificación por servicios prestados, viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978 y la prima de vacaciones.

Ahora bien, sin olvidar la prescripción, debe decirse que sobre este concepto no está llamada a prosperar, por cuanto la exigibilidad de esa obligación se materializa a la finalización del vínculo laboral del trabajador que para este caso se produjo el 8 de agosto de 2015, sin embargo, en las pretensiones solo se pide el pago del periodo del 1° de abril y el 8 de agosto de 2015, por tanto, le corresponde por este concepto la suma de \$391.259.00, incluidas las doceavas partes de las primas de navidad y vacaciones.

AÑO	DIAS	SALARIO	1/12 PRIMA NAV.	1/12 PRIMA VACAC.	SALAR BASE COT.	V/R CESANTÍAS
2015	128	\$1,050,000,00	\$27,082,00	\$23,333,00	\$1,100,415,00	\$391.259.00
		TOTAL				\$391.259.00

Intereses a las cesantías

En cuanto a los intereses a las cesantías, no procede su pago como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1148-2016, que está en armonía con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-625/98 en la cual declaró la exequibilidad del artículo 12 de la Ley 432 de 1998 en donde se encuentra establecido este concepto para los servidores públicos, y precisó que «*el pago de los intereses está a cargo del Fondo y no de los empleadores*», por lo que no puede entrarse a un análisis con miras a imputar un cargo que por ley no le corresponde a la entidad pública aquí demandada.

Prima de servicios y bonificación por servicios.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 2013, declaró exequible la expresión "*del orden nacional*" contenida en el artículo 1º del Decreto en mención, por lo tanto, si el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ya consideró que tal aparte de la norma no es contrario a la Constitución, no existe razón válida para continuar acogiendo el criterio del H. Consejo de Estado de inaplicar la referida expresión, y en consecuencia el criterio de esta Corporación, a partir de la sentencia proferida el día 21 de mayo de 2014, dentro del radicado 2013-00007-014, es que a los trabajadores oficiales del orden territorial, departamental o municipal no resulta procedente reconocerles la prima de servicios y la bonificación por servicios de que trata el Decreto 1042 de 1978.

Criterio de doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento, por los efectos erga omnes de las sentencias de control de constitucionalidad abstracto, tal y como lo ordena la sentencia C-461 de 2013.

Con esta posición se recogió cualquier otro criterio que se haya expuesto al respecto con anterioridad sobre el reconocimiento de los factores salariales anteriormente referidos a trabajadores oficiales del orden territorial, departamental o Municipal⁵. Por lo anterior, al ser el aquí demandante un trabajador oficial del orden Municipal, no tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios, menos a cualquier tipo de reajuste, así como la bonificación por servicios prestados.

Auxilio de transporte

Conforme con el Decreto 2732 de 2014, para el año 2015 este auxilio asciende a \$74.000.00 mensual, para aquellos trabajadores que no devenguen suma superior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Indicó el demandante que este auxilio no le fue reconocido por el periodo del 1º de abril al 8 de agosto de 2015, sin embargo, revisadas las nóminas de pago presentadas por GRUCON SAS a folios 200 a 209, se evidencia este concepto fue cancelado al actor, por tanto, se niega este pedimento.

Aportes a pensión

Se indicó en las pretensiones el impago por el periodo del 1º al 5º de marzo de 2012, sin embargo, a folio 96 del cuaderno 2 se allegó la planilla de aportes, observándose que por ese mes se efectuaron aportes por 30 días, no siendo viable acceder a su pedimento.

Indemnización por no consignación de cesantías:

En el presente asunto, tal como fue liquidada las cesantías, solo se petitionó el pago del periodo del 1º de abril al 8 de agosto de 2015, aceptando el demandante que los periodos anteriores fueron cubiertos, por tanto, no hay lugar a ordenar suma alguna por este concepto, por no haberse generado su causación.

Prima de vacaciones

⁵ En este mismo contexto reevaluó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el aspecto relacionado con la viabilidad de la consulta de las decisiones que afectan a Colpensiones. Rad. 51237.

De acuerdo con el literal d) del artículo 5 del Decreto 1045 de 1978, los empleados tienen derecho a percibir una prima de vacaciones, el cual conforme al artículo 25 del mismo texto legal es el auxilio económico que percibe el empleado, por valor de quince días de salario, con el fin de que disponga de más recursos para disfrutar de su período de descanso. Esta prima no se perderá cuando al empleado le sean compensadas las vacaciones o cuando se retire de la entidad por motivos diferentes a destitución o abandono del cargo.

Así las cosas, se ordenará el pago de esta prima en suma de **\$175.000.00**, correspondiente a 5 días, con salario de \$1.050.000.00.

Prima de navidad:

La Prima de Navidad es una prestación social que consiste en el pago que realiza el empleador al servidor en la primera quincena del mes de diciembre de la suma equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año, por haber servido durante todo el año civil. En el evento de que el empleado no haya laborado todo el año, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual si fuere variable. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores, establecidos en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978: asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo, los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978, los gastos de representación, la prima técnica, cuando constituya factor de salario, los auxilios de alimentación y de transporte, prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados.

Corresponde su ordenamiento en suma de **\$2.783.860.00**, incluida la doceava de la prima de servicios y prima de vacaciones.

AÑO	DIAS	SALARIO	1/12 PRIMA VACAC.	V/R PRIMA NAVIDAD
2009	60	Prescrito		Prescrito
2010	360	Prescrito		Prescrito
2011	360	Prescrito		Prescrito
2012	360	Prescrito		Prescrito
2013	360	\$1,000,000,00	\$ 20.833,00	\$ 1.020.833.00
2014	360	\$1,050,000,00	\$ 43.750,00	\$ 1.093.750.00
2015	210	\$1,124,000,00	\$23,333,00	\$ 669.277.00
	TOTAL			\$ 2.783.860.00

Vacaciones:

De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 1045 de 1978, los empleados tienen derecho a disfrutar de sus vacaciones dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho y pueden ser concedidas de oficio o a petición de parte; así mismo en el artículo 18 de la misma disposición se señala que el valor correspondiente a las mismas, será pagado, en su cuantía total, por lo menos con cinco (5) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado.

El demandante adquirió el derecho a su reconocimiento en forma proporcional en suma de **\$175.000.00**, por el periodo del 1º de abril al 8 de agosto de 2015, equivalente a 5 días, liquidados con salario de \$1.050.000.00.

Indemnización moratoria

Para resolver, sea lo primero indicar que esta indemnización se encuentra contenida en el artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945, modificado por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, cuyo tenor literal prescribe:

ARTÍCULO 1o. El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945, quedará así:

ARTÍCULO 52. Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

.....

PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

De conformidad con la norma en comento, hay lugar a imponer sus consecuencias, luego de un término de noventa (90) días contados desde la fecha en que se haga efectivo el despido o retiro del trabajador.

La jurisprudencia nacional ha señalado que su aplicación no es automática, siendo deber del fallador analizar si la conducta omisiva del empleador ante el impago incurrido, estuvo revestida de buena o de mala fe. En el primer evento habría que exonerar del pago de la misma, en tanto que en segundo hay lugar a su imposición.

En este orden, toda decisión que conlleve a la determinación de aplicar o no una sanción, impone al juzgador el deber de indagar, con serena imparcialidad, la seriedad de los motivos que haya podido tener el empleador para no pagar, como es su deber legal, las prestaciones sociales a quien le ha prestado un servicio personal de carácter laboral.

En el presente asunto se tiene que el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, al descorrer el traslado, quiso justificar su actuar, manifestando que el Art. 59 de la Ley 1438 de 2011, lo faculta para desarrollar sus funciones mediante contratación de terceros y que las actividades desarrolladas por el actor, no corresponden a las ordinarias e inherentes de dicho ente Hospitalario.

Al respecto señala la Sala que si bien el Art. 59 de la Ley 1438 de 2011 le confiere facultades para desarrollar las actividades mediante contratación de terceros, también lo es que en sentencia C-171 de 2012, se declaró exequiblemente condicionado dicho articulado en el entendido que la potestad otorgada a las

Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo es permitida siempre y cuando no se trate de funciones propias de la entidad⁶.

Igualmente precisa la Sala que si bien, la función desarrollada por el demandante no comprende su objeto social básico o principal, sí existe conexidad con las actividades como entidad que presta un servicio de salud y, en aplicación del Art. 20 del Decreto 2127 de 1945, se declaró el contrato de trabajo con la demandada, no evidenciando esta Sala buena fe en su actuar, pues se considera que la modalidad contractual, estuvo encaminada a desconocer derechos laborales circunstancia que da cuenta de un actuar desconocedor de la buena fe y no debió disfrazar un verdadero contrato de trabajo con quien efectivamente prestó sus servicios bajo su subordinación y dependencia, evidenciándose la intención de la demandada de ocultar su verdadera condición de empleador con las sucesivas contrataciones con terceros, sin interrupción alguna entre una empresa y la otra.

De acuerdo a lo anterior, no puede dejarse de considerar que se procuró por parte del demandado, el desarrollo de labores propias de su objeto social a través de contratación de terceros, cuando lo procedente era su realización por personal de planta, circunstancias que conllevan a inferir un ánimo en la entidad de librarse de cargas prestacionales al proceder de tal manera.

Además, ha de señalarse que de acuerdo con lo establecido en esta providencia, esto es, la existencia de un contrato realidad, en el que el Hospital funge como empleador, se vislumbra respecto de ésta la mala fe, al pretender ocultar el verdadero contrato de trabajo desarrollado entre la entidad hospitalaria y el demandante, quedando constatado por esta Sala, la forma como prestó sus servicios, que lo fue de manera personal, recibiendo como contraprestación por esos servicios una suma de dinero mensual, se ajusta a los parámetros señalados por la ley para considerar que el Hospital trato de ocultar su verdadera condición de empleador respecto de un trabajador que ostentó la calidad de oficial, para que se tuviera como verdaderos empleadores a las empresas que tercerizaron otorgándole la calidad de trabajador particular.

Es de precisar que la tercerización está autorizada legalmente siempre y cuando no sea para desconocer derechos laborales, sin embargo, la forma como se pretendió utilizar esta figura denota una intención de no asumir una vinculación directa como trabajador oficial de la entidad, con el único fin de evadir las responsabilidades que se desprenden de un contrato de trabajo, respecto de un trabajador al que se le aplican las normas de trabajador oficial, que difieren las del trabajador particular al que se le aplican las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Bajo este entendido, se concluye entonces que no existe una circunstancia fundada que permita establecer que el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA, cuenta con

⁶ C-171 de 2012: "Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.

Finalmente, esta Corporación encuentra necesario advertir nuevamente a las autoridades administrativas y empleadores del sector público, así como también a las empresas privadas y empleadores del sector privado, la necesidad de que respeten el vínculo laboral para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades contratantes, de manera que se garantice el contrato laboral y se protejan los derechos laborales de los trabajadores. A este efecto, la Sala recuerda que el desconocimiento del vínculo laboral y de los derechos laborales de los trabajadores acarrea graves consecuencias administrativas y penales".

una justificante para haber desconocido los derechos que le asistían al actor, quien se vio obligado a acudir a la jurisdicción para procurar el respecto de sus garantías mínimas, evidenciándose que esos contratos fueron aparentes, para lo cual se reitera que la intención que se deduce de esa forma de contratación era la de no asumir las consecuencias de contratarlo directamente por quien verdaderamente ejerció el poder subordinante, estando ausente la buena fe de la parte demandada, motivo por el que se impondrá la condena por indemnización moratoria en suma de **\$37.466.00** diarios a partir del 9 de noviembre de 2015, hasta cuando se cancelen las condenas impuestas a favor del actor.

En estos términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el demandante, debiendo revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder al contrato de trabajo alegado.

De la solidaridad:

Es menester preciar que el artículo 35 del C.S.T.S.S., en cuanto a la intermediación laboral y la solidaridad, prescribe:

"ART. 35.- Simple intermediario.

(...) 3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciera así responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas..."

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, ha considerado que:

"En todo caso los intermediarios, cualquiera que sea su modalidad, no son el empleador sino su representante para efectos de la contratación (C.S.T, art 32) e incluso algunos son meros corredores de colocación, conforme arriba se dijo, es decir personas naturales o jurídicas cuya actividad radica en postular trabajadores a solicitud de un eventual empleador interesado, quien, si lo estima pertinente, vinculará directamente al postulado caso en el cual deberá cancelar un monto establecido al agente.

Pues bien, las E.S.T. son empleadores y actúan como tales, mientras que los intermediarios, aunque ocasionalmente pueden comportarse como patronos nunca lo son en realidad. Las E.S.T responden de los derechos de los trabajadores, al paso que los intermediarios no se obligan a título personal sino en representación del patrono, y solo son responsables por solidaridad cuando ocultan su carácter para revestirse de la apariencia patronal. A diferencia de las E.S.T. los intermediarios pueden ser personas naturales o jurídicas, normalmente su actividad se ejerce sin el control forzoso de la autoridad administrativa del trabajo, salvo en lo que toca con las agencias de colocación".⁷

Entonces, al encontrarse acreditada la intermediación laboral y precisarse la calidad de empleador del Hospital Federico Lleras Acosta, como beneficiaria del servicio, así como la desnaturalización del contrato de trabajo que las demandadas pretendieron efectuar frente a la relación suscitada con el señor FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN, hay lugar a dar aplicación al artículo 35 del C.S. del T. y la

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de abril de 1997. Rad. 9435. M.P. Francisco Escobar Henríquez.

jurisprudencia en cita y, declarar solidariamente responsable de las condenas impuestas a la sociedad GRUCON S.A.S., de conformidad con el último contrato de trabajo que celebró el ente Hospitalario y del cual se ordenaron sumas a favor del demandante.

Costas a Cargo del Hospital demandado en suma de \$908.526.00.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto la Sala III de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN contra el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E.

SEGUNDO: DECLARAR que entre FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN y el HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo del 1º de noviembre de 2009 y el 8 de agosto de 2015.

TERCERO: CONDENAR al HOPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA E.S.E. y solidariamente a GRUCON S.A.S. a pagar al señor FREDY HERNANDO MENDOZA CALDERÓN las siguientes sumas:

- \$391.259.00 por cesantía
- \$175.000.00 por prima de vacaciones
- \$2.783.860.00 por prima de navidad
- \$175.000.00 por vacaciones
- \$37.466.00 diarios a partir del 9 de noviembre de 2015 y hasta cuando se cancele las condenas impuestas, a título de indemnización moratoria.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Para su liquidación se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526.00.

SEXTO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEPTIMO: Notifíquese esta decisión a las partes por estado, conforme dispone el Art. 9º del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020.

OSVALDO TENORIO CASAÑAS
Magistrado

KENNEDY TRUJILLO SALAS
Magistrado
(ACLARA VOTO)

CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA
Magistrado
(AUSENCIA JUSTIFICADA)

Firmado Por:

Oswaldo Tenorio Casañas
Magistrado
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Kennedy Trujillo Salas
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Ibague - Tolima

Firma Con Aclaración De Voto

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:

**c1567fb4bae00d587725be3a58e01d35e0a7f17c5e6143a71a43e45f9c1
1b986**

Documento generado en 25/08/2021 03:36:54 PM