



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO**

Sogamoso, noviembre treinta (30) de dos mil dieciséis (2016)

*Referencia:* NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
*Radicación:* 15238-33-33-001-2013-00297-00  
*Demandante:* AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA  
*Demandado:* HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO

### 1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver<sup>1</sup> en primera instancia, la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y mediante apoderado legalmente constituido, presenta la señora Aura Edith Robayo Pedraza.

### 2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Aura Edith Robayo Pedraza por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad del Oficio de fecha 07 de febrero de 2013 (fl.333) expedido por el Gerente de la ESE Hospital Regional de Sogamoso, que negó el reconocimiento y pago de los derechos derivados de la relación laboral, que se encubrió mediante órdenes de prestación de servicios.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre ésta y la ESE Hospital Regional de Sogamoso existió una relación laboral que cobro vigencia entre el 01 de agosto de 1999 hasta el 31 de marzo de 2012, lapso durante el cual se desempeñó personalmente al servicio de la entidad como profesional en terapia respiratoria; en consecuencia, se condene a la demandada a que se reconozca y pague a su favor los haberes causados durante la relación de trabajo antes referida y en particular las siguientes prestaciones:

Cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de todo orden, auxilio de transporte, subsidio familiar, horas festivas; que se paguen los dineros que tuvo que cancelar por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales; así mismo que se devuelvan los dineros que le fueron descontados por conceptos de retención en la fuente y demás sobre los contratos suscritos con la entidad demandada; indemnización moratoria o salarios caído por el no pago oportuno de las referidas acreencias; se liquide y pague indemnización por despido injustificado; y se le liquide y pague la diferencia entre el salario pagado y aquel devengado por la Dra. Martha Lucía Buitrago, empleada de planta frente a la cual se encontraba en las mismas condiciones laborales, profesionales y funcionales; que las condenas reconocidas se indexen desde la fecha en que se causó el derecho y hasta la fecha en que se haga real y efectivo el pago; que se cumpla la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA; y se condene en costas a la entidad demandada. (fls. 1 y 2)

<sup>1</sup> Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (ffs. 4 a 6):

Que la demandante prestó sus servicios al Hospital Regional de Sogamoso de manera personal en el área de rehabilitación como profesional en terapia respiratoria, mediante sucesivos contratos de prestación de servicios desde el **01 de agosto de 1999 hasta el 31 de marzo de 2012**, desarrollando las mismas funciones que cumplía una terapeuta de planta, dentro de las cuales se encontraba la realización de nebulizaciones, maniobras de flujo, realizar la Historia clínica al paciente, asistir códigos azules, atender pacientes de ventilación mecánica, entre otros, durante el horario en que la entidad habitualmente prestaba el servicio, y conforme a los turnos programados por el Hospital requiriendo para el efecto la disponibilidad completa de la demandante, pues en los eventos en que requirió ausentarse del trabajo se le descontaba las horas no laboradas.

Que los servicios por ella prestados en el Hospital, incluso aquellos en que fue intermediaria para ello la Cooperativa Nueva Salud de Boyacá, esto es entre el 01 de enero de 2003 y hasta el 31 de diciembre de 2011, era el Hospital el que le programa los turnos y entregaba los suministros para realizar su labor tales como: *Quit de nebulizaciones, inhalocámaras, guantes, tapabocas, tubos de traqueostomía, mascarar de reinalción, inhaladores, gotas para las nebulizaciones (terbutalina, salbutamol, epinatrina, etc), jeringas, baja lenguas, aplicadores, sumministro de papelera, camillas, bascula, pesos, compresores, puntos de oxígeno, fonendoscopios, entre otros.*

Que en desarrollo de sus funciones y como contraprestación personal del servicio la demandada le pagaba periódicamente, pasando por alto el pago concerniente a prestaciones sociales y realizar las cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales.

Que en la planta de personal del Hospital Regional de Sogamoso, existe el cargo de terapeuta respiratoria, que venía siendo desempeñado por la Dra. Martha Ligia Buitrago, quien realizaba las mismas funciones que la demandante y con un horario igual, que tanto ella como la referida tiene las mismas condiciones profesionales para desempeñar el cargo en mención.

### 4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Preambulo, artículos 2º, 4º, 13, 53 y 123 de la Constitución Política; Arts. 2º, 3º, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011; artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

Establece que el acto administrativo demandado viola las normas superiores a las cuales ha debido sujetarse, en primer lugar por violación a la Constitución Política pues esta prescribe que el trabajo goza de especial protección del Estado, consagrando como principio fundamental la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que no se aplica en el presente asunto pues la entidad demandada pretendió a través de contratos de prestación de servicios y de intermediarios laborales encubrir una verdadera relación laboral, pues las funciones que ejercía de manera subordinada, en igualdad de funciones y experiencia a otras personas que tenían un vínculo o relación reglamentaria con la demandada.

Manifestó la demanda, que las labores, la naturaleza del trabajo y las actividades propias del cargo, desvirtúan completamente la presencia del elemento principal del contrato de prestación de servicios, pues en ningún momento la demandante contó con autonomía e independencia para el desarrollo de sus funciones ya que tenía un horario específico para desarrollar sus labores, estaba sujeta a las órdenes de los directivos y sus funciones eran supervisadas y controladas por delegados que hiciera el Hospital.

Señaló que la administración pública no puede valerse del contrato de prestación de servicios o la intermediación para cumplir funciones permanentes de la entidad, en sus instalaciones y con sus implementos, cumpliendo un horario de trabajo, pues existen claros límites constitucionales y legales que lo prohíben por constituirse en un medio para burlar el pago de prestaciones sociales.

En la demanda se citan sentencias de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre primacía de la realidad, para sustentar el concepto de violación normativa.

## 5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO E.S.E.** (fls. 429 a 459) contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, señaló que el acto administrativo demandado se expidió conforme al ordenamiento jurídico porque la demandante aceptó las distintas vinculaciones propuestas por la entidad demandada a través de los contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales no generaron relación laboral alguna, al no existir subordinación, ni dependencia, gozando con total autonomía para cumplir el objeto contractual, aunado al hecho que la entidad, de acuerdo con la legislación vigente para la época de los hechos y las directrices del Ministerio de Protección Social, acudió a la externalización de servicios y procesos a través de la contratación, mediante convocatoria pública, con la cooperativa de trabajo asociado "COOPERATIVA NUEVA SALUD DE BOYACÁ" pues en la planta de personal no se encontraba incluido el cargo de terapeutas respiratorios, como en el caso de la demandante, sin que tal situación comportara una desviación del poder pues primaba el interés general y la prestación del servicio de salud.

Indica que la referida Cooperativa era la que a través de un Coordinador asignaba las funciones y las programaciones con el objeto de lograr un desarrollo autónomo y coordinado de los procesos, precisa que si bien debía prestar el servicio profesional en un horario de atención al público, ello tenía su razón de ser en los procesos y actividades desarrolladas por el Hospital, debiendo existir coordinación entre los servicios contratados con la cooperativa y los horarios y tiempos establecidos por la institución para consulta externa y facturación.

Argumenta que entre la demandante y la "COOPERATIVA NUEVA SALUD DE BOYACÁ" existe o existió un contrato de asociación siendo dicha cooperativa la que en caso dado debe entrar a responder por los dineros o compensaciones que se le puedan estar adeudando a la demandante por los servicios por ella prestados.

Finalmente propuso las excepciones denominadas "*presunción de legalidad del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006 por medio del cual se reglamentó el funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado*"; "*falta de causa para promover la acción*"; "*haberse dado a la demanda un trámite distinto al legalmente establecido en el CPACA*"; "*la innominada o genérica*" y "*caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones*".

**COOPERATIVA NUEVA SALUD DE BOYACÁ** (fs. 389-394) indica que las pretensiones de la demandante en nada los favorece o afecta, pues sólo es del resorte de la demandada quien no ha elevado pretensión alguna en su contra y no puede el juzgador de manera oficiosa litigar o abrogar derechos en favor ya sea de la parte activa o pasiva.

Indica que la demandante se afiló de manera libre y voluntaria a dicha Cooperativa de la cual se retiró y dispuso de los aportes encontrándose a la fecha a paz y salvo por todo concepto.

Propone las excepciones de "falta de jurisdicción", "existencia de compromiso", "ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y ausencia de pretensiones" respecto de las cuales se resolvió en audiencia inicial fs. 581-584), "falta de legitimación en la causa por pasiva y activa", "caducidad", "inexistencia de la obligación pretendida", "excepción de inconstitucionalidad por incumplimiento del debido proceso".

## 6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Duitama el 13 de septiembre de 2013 (fl.373), siendo asignada por reparto al Juzgado Primero Administrativo de Duitama, Despacho que mediante auto de 24 de octubre de 2013 admitió la demanda y vinculó a la Cooperativa Nueva Salud de Boyacá (fs. 375-376) providencia que fue recurrida y rechazado por extemporáneo mediante auto del 10 de Octubre de 2014 (fl.560-561) Por auto del 28 de Noviembre de 2014 se fija fecha para celebrar audiencia inicial el 1 de Julio de 2015, la cual tuvo lugar en la fecha prevista (fl.565-566) aplazada para el 25 de Febrero de 2016 pro auto del 16 de diciembre de 2016 (fl.570)

Por auto del 14 de marzo de 2016 este Juzgado avocó conocimiento del medio de control de la referencia (fl. 576) y el 28 de abril de 2016 se adelantó la audiencia inicial (fs. 580-592); el 24 de mayo de 2016 se celebró la audiencia de pruebas (fl.613-618) culminando la misma el 11 de agosto de 2016 disponiéndose en la misma prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento (fl.643-644), y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, término en el cual el Ministerio Público podía emitir concepto.

## 7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y el Hospital Regional de Sogamoso presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y de la contestación, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones, tal como consta a folios 646 a 667 del expediente, no obstante, la parte demandante enfatiza en los elementos probatorios obrantes al expediente y la relación de los mismos en la demostración de los elementos de la relación laboral.

## 8. PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si los contratos de prestación de servicios firmados entre la ESE Hospital Regional de Sogamoso y la demandante y además los convenios de asociación suscritos entre ella y la Cooperativa de Trabajo Asociado "NUEVA SALUD DE BOYACÁ" en desarrollo del contrato suscrito por esta con la ESE, enmascaran la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso. De prosperar la tesis de la demanda, hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos salariales causados durante el tiempo en que se desempeñó como terapeuta respiratoria en el área de rehabilitación de dicha Empresa Social.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: *i)* principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad; *ii)* el contrato realidad frente a la prestación del servicio de salud; *iii)* caso concreto.

#### **9. DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO REALIDAD**

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional<sup>2</sup> ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>3</sup> ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, señaló<sup>4</sup> que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se oculta una relación laboral a través de la celebración de contratos de prestación de servicios o por intermediaciones laborales con Cooperativas de Trabajo Asociado o Empresas de Servicios Temporales; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Ahora bien, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la Alta Corporación, se constituye en requisito para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar.

Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente la subordinación o dependencia respecto del empleador,

<sup>2</sup> Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>3</sup> Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

No sobra precisar que 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 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.

Respecto a este último aspecto, la permanencia de la labor o funciones realizadas, debe decirse que a pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, años atrás se implementó como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: "la intermediación laboral" o designación de una gran cantidad de personas que trabajaban durante largos períodos en las entidades públicas, especialmente para la prestación de servicios de salud, a través de cooperativas de trabajadores o empresas de servicios temporales.

En relación con las Cooperativas de Trabajo Asociado la Corte Constitucional ha señalado que en algunos eventos la legislación laboral resulta aplicable a las personas vinculadas a las cooperativas y ha aplicado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas con el fin de evitar la desnaturalización de las obligaciones propias del derecho al trabajo<sup>5</sup>. Al respecto:

*" (...) en algunos eventos la legislación laboral resulta aplicable a quienes en principio ostentaban una relación cooperativa<sup>6</sup>. Esto ocurre cuando (i) las cooperativas contratan trabajadores ocasionales o permanentes,<sup>7</sup> o bien (ii) el cooperado no presta su aporte de manera directa a la cooperativa "sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa"<sup>8,9</sup>, situación en la que se evidencia una completa intermediación laboral que convierte el vínculo cooperativo en una relación laboral al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro<sup>10</sup>, lo que se encuentra prohibido por la Ley 1233 de 2008. En presencia de estos casos **si bien la remuneración que recibe el asociado bajo el nombre de compensación no***

<sup>5</sup> Sentencia T-302 de 2012

<sup>6</sup> Sentencia T-900 de 2004.

<sup>7</sup> Artículo 59 de la Ley 79 de 1988. "En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.//Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o. de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado.//Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo no asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos, estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente.//En las cooperativas que no sean de trabajo asociado, el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociados".

<sup>8</sup> Ver Sentencias T-198 de 2010, T-003 de 2010, T-550 de 2004, T-1177 de 2003 entre otras.

<sup>9</sup> Sentencia T-173 de 2011.

<sup>10</sup> Ver Sentencia T-559 de 2010.

**corresponde a los recursos de la entidad pública ante quien realmente presta su servicio, también lo es que fue esta entidad la que disfrazó una relación laboral con un vínculo cooperativo en detrimento de los derechos laborales del trabajador, por lo que debe asumir las responsabilidades que tal conducta le ocasiona, razón por la que "la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa"<sup>11,12</sup>, pues los derechos del trabajador priman sobre la modalidad de contratación que la entidad haya utilizado. (Negrita fuera de texto)**

En esta línea la Corte Constitucional en Sentencia C-855 de 2009 consideró:

**"...Si por conducto de la Cooperativa de Trabajo Asociado llega a suscitarse una relación laboral de un trabajador asociado con la cooperativa, para prestarle servicios a un tercero -con elementos de subordinación, horario y remuneración propios del contrato de trabajo-, esta relación laboral prevalece sobre el acuerdo cooperativo, y en tal caso aplican todas las regulaciones laborales (...)"**

Conforme a lo expuesto, se concluye que independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

#### **10. EL CONTRATO REALIDAD FRENTE A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD**

Se ha afirmado por parte del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados. Igualmente se ha precisado jurisprudencialmente que ello no obsta, para que en un caso en concreto, se desvirtúe la relación contractual y se declare la existencia de un contrato de trabajo, del cual se deriven derechos laborales a favor del supuesto contratista. En ese sentido, se ha manifestado<sup>13</sup>:

<sup>11</sup> Como consecuencia de los efectos negativos de la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado con el fin de ejecutar prácticas de intermediación laboral, El Presidente de la República expidió el **Decreto 4588 de 2006**, Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, y en el ARTÍCULO 17º dispuso: "**PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.**" (subrayado fuera de texto). Vale recalcar que esta disposición fue proferida con posterioridad a la vinculación de la actora a través de los convenios de asociación.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2011. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09).

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A", C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, 18 de mayo de 2011, Expediente Número:0056-10

*"(...) Al respecto, dirá la Sala que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos - entendiéndose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.*

*Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se habilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.*

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

Para el Despacho, resulta procedente aplicar la referida tesis dado que a la demandante AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA se le contrató para prestar sus servicios como terapeuta respiratoria en el Hospital Regional de Sogamoso y as su propio servicio en desarrollo de su objeto social y área misional.

#### 11. CASO CONCRETO

Conforme con la Jurisprudencia en cita, se establece que la carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos. Motivo por el cual, se analizarán las pruebas allegadas al proceso de la siguiente manera:

Obra en el plenario copia de los contratos de prestación de servicio (Tabla 1), suscritos entre el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. y la señora Aura Edith Robayo Pedraza, así como certificación suscrita por el profesional líder del proceso de Talento Humano de la referida ESE (fl.18), documentos que dan cuenta que la demandante prestó sus servicios a la referida entidad, desde el 01 de agosto de 1999 a 31 de diciembre 2001 y del 01 de enero al 31 de marzo de 2012.

(Tabla 1)

No. CONTRATO U ORDEN	PLAZO	VALOR	FOLIO
036 de 02 de mayo de 2000	1 mes	\$188.687	20
456 de 01 de junio de 2000	2 meses	\$377.374	23
677 de 04 de septiembre de 2000	1 mes	\$188.687	26
818 de 01 de noviembre de 2000	1 mes	\$188.687	29
041 de 06 de junio de 2001	4 meses 15 días	\$1.154.512	31-36
014 de 01 de febrero de 2001	3 meses	\$979.100	37-43
160 de 04 de octubre de 2001	3 meses	\$787.144	44-46
188 de 01 de enero de 2012	3 meses	\$3.888.456	320-324

Que la demandante en los contratos y ordenes de trabajo antes relacionadas se obligaba a prestar, de manera personal, los servicios de terapia respiratoria programados en el Hospital en la especialidad de terapia respiratoria, a pacientes ambulatorios y hospitalizados, aportando en forma permanente y exclusiva sus conocimientos y habilidad manual en el desarrollo del objeto contractual, incluso en el contrato 160 de 2001 se llegó a señalar que la aquí demandante se obligaba para con el Hospital a prestar sus servicios profesionales durante un tiempo fijo, así como a cumplir con los turnos asignados (fl.44) De igual manera se advierte que la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA en el cargo de terapeuta respiratoria debía cumplir las siguientes obligaciones:

- *Diligenciar documentos para facturación, historias clínicas según Acuerdo Ni. 1995 de 1999*
- *Supervisar a los estudiantes*
- *Prestar los servicios objeto del contrato, bajo los criterios de calidad fijados por EL HOSPITAL, conservando los principios de ética sin ningún tipo de discriminación frente a otros pacientes que atienda*
- *Prestar la atención en los casos que EL HOSPITAL el correspondiente protocolo de manejo, con estricta sujeción al mismo*
- *Disponer de los requisitos clínicos correspondientes, debidamente diligenciados y actualizados sobre los servicios prestados*
- *Suministrar al HOSPITAL los informes, estadísticos y financieros, relacionados con la atención prestada, siguiendo los lineamientos que se establezca y con la periodicidad que se exija.*
- *Atender al paciente en la fecha y hora señala y suministrarle exclusivamente la atención objeto de la orden de referencia o de servicio*
- *Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por el Hospital, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratos*

Ahora bien el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, adoptado mediante Decreto nacional 1335 de 1990, detalla las labores que se deben desempeñar por parte del **PROFESIONAL EN TERAPIA RESPIRATORIA - 333045**, dentro de las cuales se enuncian las siguientes:

- Brindar atención oportuna en los aspectos de evaluación, prevención, tratamiento, rehabilitación, educación y seguimiento a los pacientes remitidos para cualquier departamento, unidad o servicio de la institución<sup>14</sup>
- Elaborar los registros clínicos y estadísticos de la evaluación, manejo y evolución de cada paciente<sup>15</sup>.
- Establecer y mantener las relaciones de coordinación necesarias para el adecuado desarrollo del plan de manejo de los pacientes a su cargo.
- Participar en la elaboración de proyectos, planes o programas a realizar y en la evaluación de la prestación de servicios dados en la unidad.
- Promover y desarrollar investigaciones aplicadas en el área de terapia respiratoria.

<sup>14</sup> Función que la testigo Nidia Gil Cazallas señala era desempeñada por la aquí demandante (Min. 00:29:40 audiencia de pruebas CD obrante a fl. 618)

<sup>15</sup> Ut supra

- Participar activamente en las actividades docentes; de investigación y de educación a la comunidad que se realicen, relacionadas con su área.
- Participar en la elaboración del diagnóstico del estado de salud de la población del área de influencia.
- Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

A su turno se allegó con la demanda, copia de 43 sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital Regional de Sogamoso y la Cooperativa de Trabajo Asociado NUEVA SALUD DE BOYACÁ, que abarcan un periodo que va desde el mes de febrero de 2003 hasta el 31 de enero de 2011 cuyas cláusulas, en términos generales, fueron constantes en todos, en los cuales la Cooperativa se comprometía con el Hospital a prestar los servicios de Ginecología, Ortopedia y Rehabilitación (Fisiatría, Terapia Física, **Terapia Respiratoria**, Fonoaudiología, Terapia Ocupacional y Psicología), entre otros, en el Hospital Regional de Sogamoso. (fl.47-324 y 349-356) -Resalto nuestro.

A partir de los referidos contratos de tercerización de los servicios de salud antes referidos, se tiene que la aquí demandante suscribe los contratos de asociación con esta misma Cooperativa "COONUEVASALUD" y continuó realizando su actividad profesional en el Hospital Regional de Sogamoso, cumpliendo las mismas funciones desarrolladas en virtud de los contratos suscritos de forma directa con la referida ESE, tal como se deriva del análisis de algunos contratos, entre ellos el Contrato No. 048 de 2003; 008 de 01 de marzo de 2004; 028 de 01 de marzo de 2005; 057 de 2010 (fl. 69, 92-93, 133, 316-320) en los que se estipuló que su objeto y/u obligaciones son las siguientes:

*Aplicar los conocimientos y habilidades manual profesionales, los recursos necesarios para prestar los servicios de GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA, CIRUGÍA, ANESTESIOLOGÍA, ORTOPEdia, FISIATRÍA, TERAPIA RESPIRATORIA, entre otros, en el Hospital Regional de Sogamoso, a los pacientes hospitalizados o ambulatorios, para con quien se obliga a realizar consultas, interconsultas, valoraciones, atención intrahospitalaria; también se obliga a diligenciar completa y adecuadamente según informes mensuales, documentos para facturación, estadísticas, historias clínicas legibles con firma también legible y preferiblemente con sello según Acuerdo 1995 de 1999 y realizar las demás actividades propias de su profesión (...) realizar únicamente los procedimientos autorizados por el Hospital, garantizando la oportunidad y calidad del servicio; Seguir los protocolos de atención que para el servicio tiene establecidas el hospital; Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes, elementos y equipos entregados por el Hospital para el desarrollo del objeto contractual y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los estipulados en el contrato*

Por otro lado, en la audiencia de pruebas celebrada el 24 de mayo de 2016 dentro de este proceso, se practicaron los testimonios de las señoras NIDIA GIL CAZALLAS y MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ BURGOS, personas que han prestado sus servicios al Hospital Regional de Sogamoso<sup>16</sup> y dan cuenta de la prestación permanente del servicio<sup>17</sup> de terapia respiratoria por parte de la demandante señora AURA EDITH ROBAYO refiriendo las funciones desempeñadas por la misma y la forma como se desarrolló su actividad profesional al servicio de la ESE.

<sup>16</sup> La primera de ellas como terapeuta respiratoria vinculada a través de la Cooperativa Nueva Salud de Boyacá y la segunda actualmente vinculada desde el año 1975 actualmente se desempeña como auxiliar de enfermería en el área de medicina interna

<sup>17</sup> Min. 01:12:29 de la audiencia de pruebas, la señora María del Carmen Sánchez Burgos al ser interrogada por el tiempo en que la aquí demandante prestó sus servicios en el Hospital indica que ésta estuvo vinculada desde el año 1999 y luego de la reestructuración del Hospital Regional de Sogamoso fue nuevamente vinculada, en lo que recuerda, hasta el año 2010 - 2011; adicionalmente indica que durante esos años el servicio de terapia nunca se dejó de prestar, éste siempre fue cubierto por la demandante y otras terapeutas más

La señora NIDIA GIL CAZALLAS al ser interrogada sobre el horario cumplido por la señora AURA EDITH ROBAYO y si recibía órdenes impartidas e instrucciones, indicó<sup>18</sup> que la aquí demandante durante el tiempo que estuvo vinculada con el Hospital en virtud de los contratos que éste efectuó con la Cooperativa Nueva Salud de Boyacá, cumplió un horario de una a cinco de la tarde, que los horarios eran fijados por el Hospital, siendo así que debían informar cualquier cambio en los turnos al Director Científico, Dr. MARCELO MARIÑO y era éste quien efectuaba la entrega de los elementos e insumos para la realización de las terapias, igualmente se le informaba mensualmente los usuarios que había recibido el servicio de terapia respiratoria<sup>19</sup>

La referida testigo informó al Despacho<sup>20</sup> de la prestación personal del servicio por parte de la demandante al indicar que los servicios de terapia respiratoria realizados por ella no podían ser delegados, refiere que los servicios de terapia respiratoria eran prestados en turnos por cuatro profesionales<sup>21</sup>, entre ellas la demandante, sin que fuera posible que el servicio fuera prestado por otra persona diferente y en caso de cambio de turnos este sólo podía efectuarse entre ellas, previo informe de ello al Director Científico.

El testimonio de la señora MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ BURGOS – al cual el Despacho le da valor probatorio, desestimando la tacha formulada por la entidad demandada<sup>22</sup> resulta coincidente al afirmar<sup>23</sup> que pese a la vinculación de la aquí demandante a través de la Cooperativa de trabajo “COONUEVASALUD”, ésta prestaba sus servicios directamente para el Hospital y que las ordenes eran impartidas por el personal institucional, sin que en algún momento se viera dirección, coordinación o injerencia por parte de la Cooperativa, refiere que el servicio de terapia respiratoria era prestado de manera integral y en coordinación con otros servicios según lo establecido por el Director Científico<sup>24</sup> quien era la persona que, además, coordinaba los turnos prestados por la aquí demandante, indica que la función de señora AURA ROBAYO era dirigida, adicionalmente, por la Jefe de enfermeras o la Jefe de piso.

La referida testigo al ser indagada por parte de la apoderada de la demandada ESE Hospital Regional de Sogamoso sobre la forma en que eran prestados los servicios por parte del personal vinculado a través de cooperativas de trabajo, contesto de manera muy clara y específica<sup>25</sup> que no existía ninguna diferencia entre éste y personal de planta, pues el cumplimiento de horario y ordenes eran fijadas por el Hospital, la prestación del servicio era igual, sin variación en referencia con la

<sup>18</sup> Min. 00:28:43 y 00:31:03 audiencia de pruebas celebrada el 24 de mayo de 2016 CD a folio 618

<sup>19</sup> Min. 00:42:36

<sup>20</sup> Min. 00:39:54

<sup>21</sup> La testigo Nidia Gil Cazallas señala que se trataba de ella así como de la aquí demandante y las señoras Ancrea Avendaño y Esperanza González (Min. 00:40:43 del audio de audiencia de pruebas)

<sup>22</sup> Para el Despacho la calidad de la testigo como Directiva Sindical no es motivo suficiente para considerar su testimonio como temerario y con ello restarle valor probatorio, dicha calidad en nada incide al caso en concreto pues aquí no se ventilan temas de fuero sindical, ni la demandante pretende se declaren a su favor derechos derivados del fuero sindical, aunado a ello en la declaración de la señora María del Carmen Sánchez Burgos no se evidenció matices de parcialidad, siendo su versión responsiva, exacta y completa, puesto que atendió cada uno de los interrogantes que le fueron formulados, relatando los hechos correspondientes de manera espontánea y cabal, señalando las razones por las cuales aquellas circunstancias fácticas indagadas llegaron a su conocimiento, sin que pueda perderse de vista -en razón de su fundamental importancia en cuanto a la valoración de la prueba testimonial se refiere- que su testimonio resultó concordante con los demás elementos de juicio resaltados en apoyo de las conclusiones de la declarante.

<sup>23</sup> Min. 01:16:14 de la audiencia de pruebas.

<sup>24</sup> Al ser indagada por el apoderado de la Cooperativa Nueva Salud de Boyacá respecto de que persona o entidad efectuaba la revisión del producto final o servicios prestados por el personal vinculado a través de las Cooperativas indicó que éste se efectuaba en la parte técnica y científica a través del Director Científico el Dr. Marcelo Mariño y Jefe de Talento Humano, quienes son trabajadores de planta de la institución (Min. 01:19:56 a 01:20:39)

<sup>25</sup> Min. 01:17:40

modalidad de vinculación; refiere que incluso cuando se iba a prescindir de los servicios de alguna persona vinculada con cualquier Cooperativa quien adoptaba la decisión era el Gerente del Hospital o la Coordinadora de Enfermería.

Aunado a las pruebas referidas, obra al expediente formatos con logo del Hospital Regional de Sogamoso ESE de planillas de turnos de personal servicio de terapia respiratoria para los años 2010 y 2011 (fls. 334-346) y certificación suscrita por el Coordinador de procesos de rehabilitación del Hospital Regional de Sogamoso (fl.331), documentos estos que no fueron tachados por la entidad demandada y que permiten establecer el cumplimiento del servicios por parte de la demandante y el hecho de que la prestación del servicio se efectuaba en cumplimiento de turnos y horas fijados por el Hospital, pues incluso en la certificación referida se indica el descuento efectuado por la no realización de un turno por parte de la demandante.

Se tiene que la demandante percibió una remuneración por los servicios prestados, remuneración que en un principio y durante la vinculación de la demandante con el Hospital Regional de Sogamoso a partir de los contratos que ésta suscribió con la referida ESE fue ordenada y pagada directamente por ésta<sup>26</sup> y que incluso durante el tiempo que la demandante prestó sus servicios al Hospital por intermedio de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nueva Salud de Boyacá la demandante recibía su remuneración en virtud de los pagos que el Hospital efectuara a la referida Cooperativa por la venta de servicios<sup>27</sup>.

Por otro lado, está demostrado en el proceso, que en el año 2003, la demandante suscribió convenio con la Cooperativa de Trabajo Asociado Nueva Salud de Boyacá (fl.412-413), en virtud de dicho convenio la Cooperativa se obligaba con la demandante a *"pagar cumplidamente las compensaciones y demás reconocimientos económicos correspondientes a los servicios prestados de acuerdo con lo establecido y pactado a su ingreso y posteriores ajustes, previa consignación de la Empresa Cliente"*

En virtud del referido convenio, la demandante suscribió con la Cooperativa de Trabajo Asociado Nueva Salud de Boyacá, diversos acuerdos cooperativos (fl.414-415 y 419-420) en virtud de los cuales la señora AURA EDITH ROBAYO en su calidad de asociada se comprometió a aportar su trabajo personal para actividades propias de la cooperativa o para terceros en prestación de servicios de salud. Se observa que en la cláusula séptima y octava de los referidos acuerdos, se enunció que el trabajador asociado debe efectuar correctamente el desempeño de sus funciones en el lugar y hora fijados con el objeto de cumplir con la ejecución de los convenios de servicios celebrados por la cooperativa con terceros. Además, en la cláusula décima, como justas causas para dar por terminado el convenio por parte de COONUEVASALUD, se enunciaron, entre otras, todo acto de violencia grave e indisciplina en que incurra el trabajador asociado en sus actividades en detrimento del patrimonio e imagen de la cooperativa y/o la empresa contratante.

En estos términos, de los elementos probatorios, relacionados en líneas anteriores, el Despacho advierte que la demandante **prestó sus servicios de manera personal y directa como terapeuta respiratoria en el Hospital Regional de Sogamoso ESE**, pues tanto los Contratos de Prestación de Servicios suscritos entre la ESE demandada y la señora AURA EDITH ROBAYO, como los Contratos de Prestación de Servicios entre el Hospital y la Cooperativa de Trabajo Asociado Nueva Salud de

<sup>26</sup> A folios 22, 25, 28, 357 a 369, 460 y 461 obran Resoluciones mediante las cuales el Gerente del Hospital Regional de Sogamoso reconoce a la demandante el pago de servicios profesionales como terapeuta respiratoria y comprobantes de pago de dichos servicios

<sup>27</sup> Así se establece a partir de los testimonios de las señoras Nidia Gil Cazallas y María del Carmen Sánchez Burgos (min. 01:19:07)

Boyacá "COONUEVASALUD", y los convenios de asociación entre esta y la demandante<sup>28</sup>, mediante los cuales la referida ejerció las funciones de terapeuta respiratoria en la entidad demandada, se consagran los términos y condiciones para ejercer tal cargo, así como las obligaciones del trabajador, y si bien en estos últimos casos la vinculación no se realizó directamente con la ESE accionada, fue ante esta que prestó sus servicios siendo la beneficiada con tal labor.

De igual modo, percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio del Hospital Regional de Sogamoso.

Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intemporalidad de la relación, pues las pruebas obrantes en el proceso evidencian que las funciones desempeñadas por la accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo; basta con observar que permaneció prestando sus servicios desde 1 de agosto de 1999 hasta el 31 de marzo de 2012, en el Hospital Regional de Sogamoso ESE, igualmente los servicios de terapia respiratoria por ella prestados eran –son- parte del "giro ordinario" del objeto de la entidad demandada como es la prestación del servicio de salud, criterios éstos que dejan entrever que se trata del cumplimiento de funciones de carácter permanente, dependiente y subordinada, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

En este punto, es importante señalar que durante el año 2002, no se acreditó la existencia de relación contractual alguna, no obstante previo a este, la demandante tuvo una vinculación con el Hospital por espacio de dos años y cinco meses a través de diferentes contratos de prestación de servicios de manera sucesiva y que luego desde el año 2003 y hasta el 2012, esto es por espacio de nueve (09) años, la demandada prestó de manera permanente sus servicios a la entidad demandada. Este amplio lapso de vinculación, desvirtúa la temporalidad de los Contratos de Prestación de Servicios y la ocasionalidad en la prestación del servicio de las vinculaciones a través de la cooperativa COONUEVASALUD, lo cual constituye un indicio claro de que, bajo la figura de órdenes de prestación de servicios, se dio en realidad una relación de tipo laboral.

En efecto, esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia que la contratación de la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en la entidad, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

Por consiguiente, pese a que en las órdenes de trabajo y en los contratos de prestación de servicios se estableció que la contratista cumpliría con el objeto contractual en forma independiente, es decir, sin subordinación alguna, por lo cual en principio no se configuraría relación laboral entre ésta y la administración; lo cierto es que las pruebas recaudadas desvirtúan la cláusula relacionada con este aspecto, pues de acuerdo con la forma como se ejecutaron las actividades, se observa el elemento de la subordinación.

En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA como la transitoriedad y ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral,

<sup>28</sup> La prestación del servicio por parte de la demandante y originada en los convenios de asociación encuentran soporte en el dicho de los testigos así como en la falta de contradicción de tal hecho por parte de la demandada.

fuerza concluir que en el presente asunto, se configuró un contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, porque evidentemente la administración utilizó la figura de la intermediación laboral con la Cooperativa de Trabajo Asociado COONUEVASALUD<sup>29</sup>, para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada por la demandante de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos, hechos probados de bulto y que son contrarios a lo argumentado por la entidad demandada.

El Consejo de Estado<sup>30</sup> ha advertido que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasivas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aun las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

En ese orden de ideas, demostrada la existencia de una relación de carácter laboral, se impone declarar no probadas las excepciones<sup>31</sup> propuestas por la ESE demandada así como declarar la nulidad del acto demandado contenido en el Oficio de fecha 07 de febrero de 2013 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de tipo laboral a la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA, debiéndose ordenar el reconocimiento y pago de las mismas, pues una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar a la trabajadora, los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición.

Dicha declaratoria no tiene la virtualidad de transformar la normatividad que permita señalar que se convierte automáticamente en un empleado público, pues la vinculación al servicio público es reglada conforme a la constitución y la ley, sin embargo, no por ello se restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación, se acceda a un pago de la totalidad de prestaciones sociales de carácter laboral pero a título de restablecimiento de los derechos laborales reclamados, puesto que éstas nunca fueron sufragadas por la entidad demandada, con la connotación que lo cancelado por la Cooperativa de Trabajo Asociado Nueva Salud de Boyacá, dada la solidaridad predicada entre todos los entes patronales, se descuenta de la liquidación que surja.

## 12. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Teniendo en cuenta que en criterio de este Despacho, se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes de la litis, en consecuencia debe ordenarse el restablecimiento del derecho para lo cual la entidad demandada ESE Hospital Regional de Sogamoso deberá cancelar a favor de la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA el valor de las prestaciones sociales a que tiene derecho por el desarrollo de su labor<sup>32</sup> bajo los siguientes parámetros:

<sup>29</sup> Actualmente liquidada por acta de 15 de abril de 2015 conforme a certificado de la Cámara de Comercio de Duitama vista a folio 620 c. 2

<sup>30</sup> Sección Segunda, providencia del 29 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>31</sup> "presunción de legalidad del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006 por medio del cual se reglamentó el funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado"; "falta de causa para promover la acción"; "haberse dado a la demanda un trámite distinto al legalmente establecido en el CPACA".

<sup>32</sup> Ello de conformidad con la jurisprudencia actual del Consejo de Estado (SECCION SEGUNDA, Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi) que modificó la tesis que se venía acogiendo respecto del reconocimiento a título de indemnización de las prestaciones ordinarias que devenga un empleado público en igualdad de condiciones.

- a) El salario base de liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, corresponde al valor pactado en cada uno de los contratos de prestación de servicios y convenios de asociación con la cooperativa, suscritos entre el 01 de agosto de 1999 al 31 de diciembre de 2001 y el 01 de febrero de 2003 al 31 de marzo de 2012, aplicable a cada uno de los periodos en que la demandante prestó efectivamente sus servicios.

Lo anterior conforme a las orientaciones del Consejo de Estado<sup>33</sup> que estipula que no es posible tomar como base para la liquidación el salario devengado por el personal de planta de la entidad, dado que en el caso concreto el cargo de terapeuta respiratorio desempeñado por la demandante, no se encuentra acreditado que hubiere sido creado en la planta de personal de la entidad demandada.

- b) Los extremos temporales que se deben liquidar las prestaciones sociales corresponde al a cada uno de los plazos pactados en los contratos de prestación de servicios, conforme con la relación contenida en la tabla 1 de esta providencia, así como el tiempo que la demandante prestó sus servicios profesionales bajo la forma de convenios de asociación suscritos con la Cooperativa de trabajo asociado Nueva Salud de Boyacá.
- c) La demandante tiene derecho a la liquidación y pago de las prestaciones sociales comunes o legales devengadas por los empleados vinculados a la entidad demandada, esto es las previstas en el Decreto 1919 de 2002<sup>34</sup> que remite parcialmente al Decreto 1045 de 1978 artículo 5, esto es: vacaciones<sup>35</sup>, prima de vacaciones<sup>36</sup>, prima de navidad<sup>37</sup>, auxilio de cesantía, intereses de cesantías (12%), bonificación por servicios<sup>38</sup> y la prima de servicios prevista en los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978.
- d) La entidad deberá pagar a la demandante la cuota parte que no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones y a la Empresa Promotora de Salud a la que se encontraba afiliada la demandante, en los valores que ella asumió en condición de contratista (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993), durante en los periodos en suscribió directamente contrato de prestación de servicios con el Hospital, es decir durante los intervalos y plazos pactados en los contratos de prestación de servicios y convenios de asociación a la Cooperativa suscritos entre el 01 de agosto de 1999 a 31 de diciembre 2001 y del 01 de enero al 31 de marzo de 2012.
- e) Respecto de auxilio de transporte y subsidio familiar se ordena liquidar y pagar siempre que el ingreso base de liquidación del trabajador no supere los límites fijados en la ley para su reconocimiento.

### 13. FACTORES QUE NO SE RECONOCEN

Tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria, por lo tanto el Despacho aborda de manera separada cada uno de las reclamaciones laborales que no se reconocen en esta providencia:

<sup>33</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de abril de 2012. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Rad. 17001-23-31-000-2005-01032-01(0179-10), cuando señala: "Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia"

<sup>34</sup> "Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial"

<sup>35</sup> Art. 8 y 17 del Decreto 1045 de 1978.

<sup>36</sup> Art. 17 y 24 del Dec. 1045 de 1978. (15 días salario por cada año)

<sup>37</sup> Art. 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978 (equivalente a un mes de salario, factores para liquidar lo son la prima de servicios y la de vacaciones y la bonificación por servicios prestado)

<sup>38</sup> Art. 25% del sueldo acorde con el Art. 46 del Decreto 1042 de 1978.

- No hay lugar al pago de la **indemnización moratoria** o salarios caídos reclamados en la demanda, por cuanto es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas *sentencias constitutivas*, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

.- No se ordena el reembolso de lo sufragado por **riesgos profesionales**, debe señalarse que si bien el Decreto Ley 1295 de 1994 establece dicha obligación a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico no hay lugar al reembolso solicitado.

.- No procede el reconocimiento de **salarios, ni de diferencia** de los mismos, surgida entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, en concreto lo devengado por la Dra. MARTHA LIGIA BUITRAGO, pues contrario a lo afirmado por la demandante (conforme a certificación obrante a folio 612 y lo informado en audiencia de pruebas por las señoras NIDIA GIL CAZALLAS<sup>39</sup> y MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ BURGOS) la funcionaria no ha ejercido el cargo de terapeuta respiratorio, sino el de terapeuta física, código 237 - grado 10, cargo para el cual conforme al Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud<sup>40</sup> se exigen unos requisitos profesionales y se establecen funciones diferentes al del PROFESIONAL EN TERAPIA RESPIRATORIA – 333045, razón por la cual no se admite que la demandante estuviese laborando en las mismas condiciones profesionales y funcionales que ésta.

- Con relación a la solicitud de reembolso de lo cancelado por **Retención en la fuente** descontada respectivamente de cada contrato de prestación de servicio, ha de denegarse esta petición en la medida que dichos dineros no ingresaron propiamente a las arcas patrimoniales de la ESE demandada sino a la Nación, la cual no fue vinculada como parte interesada en este proceso.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> refiriéndose al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, ha expresado:

*"En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una cuestión de índole tributaria ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral."*

- No hay lugar al pago de la **indemnización por despido injusto** como quiera que la terminación del vínculo entre la demandante y la demandada obedeció simple y llanamente al vencimiento del término contractual, sin que se evidencie que en la misma haya tenido injerencia causa diferente.

- Finalmente, no procede el reconocimiento de **horas extras** por cuanto no aparece demostrada tal situación dentro del expediente, carga probatoria que radica en la parte demandante, motivo por el cual, no le está dado al juzgador hacer deducciones al respecto.

<sup>39</sup> Min. 00:37:23 audiencia de pruebas CD obrante a fl. 618

<sup>40</sup> Adoptado mediante Decreto 1335 de 1990.

<sup>41</sup> Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499.

#### 14. PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

En tratándose de la prescripción de derechos laborales derivados de la existencia de una relación laboral oculta dentro de un contrato de prestación de servicios, su interpretación no ha sido pacífica. Es así, que el Consejo de Estado a partir de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, radicada con número interno 2152-06, siendo ponente el Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indicó que no hay lugar a la prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, como quiera que la exigibilidad de los derechos prestacionales que emergen de la relación laboral develada, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

Sin embargo, con el paso del tiempo la Alta Corporación determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años<sup>42</sup>.

Esto en razón a que el Juez no puede obviar o premiar el hecho de que las personas con posibles derechos surgidos como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, esperen un desmesurado paso del tiempo, para acudir a la administración de justicia a fin de que con fundamento en la línea jurisprudencial sostenida en el asunto, se acceda al reconocimiento deprecado.

Así las cosas, como quiera que en el presente caso, el último contrato celebrado entre la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA y el Hospital Regional Sogamoso, se ejecutó hasta el **31 de marzo de 2012** (fls. 320-324) y la petición se elevó el **01 de febrero de 2013** (fl. 370), es claro que se no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, pues en el presente caso la sentencia tiene carácter constitutivo del derecho y la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la culminación del vínculo contractual.

Por lo anterior la excepción de "*caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones*" propuesta por la entidad demandada no está llamada a prosperar.

#### 11. INDEXACION

Los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos mensuales aplicables a los periodos en que la demandante prestó sus servicios profesionales en sede de la ESE Hospital Regional de Sogamoso, la fórmula se aplicará separadamente por cada periodo en que efectivamente se prestó el servicio por la Señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA, conforme a los contratos y convenios suscritos por la demandante.

## 12. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del CGP que prevé que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (art. 361 CGP) **no impondrá** condena en costas porque tal como se precisó en párrafos precedentes, se negó las pretensiones concernientes a pago de sanción moratoria, indemnización por despido, pago de horas extras, así como la devolución de los dineros cancelados por riesgos laborales y retención en la fuente, como derechos salariales invocados dentro de la demanda.

## 13. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito judicial de Sogamoso, *administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,*

### FALLA:

**PRIMERO.- Declarar** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 07 de febrero de 2013 expedido por el Gerente de la ESE Hospital Regional de Sogamoso, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la entidad demandada y la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA.

**SEGUNDO.- Declarar** la existencia de la relación laboral entre el Hospital Regional de Sogamoso ESE y la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA durante el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 1999 al 31 de diciembre de 2001 y el 01 de febrero de 2003 al 31 de marzo de 2012, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

**TERCERO.- Condenar** al Hospital Regional de Sogamoso ESE a liquidar y pagar a favor de la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA, identificada con C.C. No. 24.048.604 expedida en Santa Rosa de Viterbo, el valor de las prestaciones sociales comunes de un trabajador de la entidad que resultan de la prestación de servicios profesionales como Terapeuta Física, durante el periodo referido en el resolutivo anterior, tomando como ingreso base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichos contratos y ordenes de trabajo y bajo los parámetros fijados en el numeral 12 de la parte motiva de ésta providencia.

**CUARTO.- Declarar** que el tiempo laborado por la señora AURA EDITH ROBAYO PEDRAZA, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, computa para efectos pensionales.

**QUINTO.- Las sumas** resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el ICP certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEXTO.- Declarar** infundadas las excepciones de "Presunción de legalidad del decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006 por medio del cual se reglamentó el funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado"; "Falta de causa para promover la acción"; "Haberse dado a la demanda un trámite distinto al legalmente establecido en el CPACA" y "Caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones", por las razones expuestas en esta sentencia.

**SEXTO.- Negar** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO.-** La parte demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**OCTAVO.-** No condenar en costas a las partes.

**NOVENO.-** En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes a la interesada, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO  
JUEZ

ENSA