REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, cuatro (4) de junio de 2021

Expediente:	19- 001- 33- 33- 008- 2016- 00195- 00
Demandante:	ROSA EMIR ORDOÑEZ
Demandado:	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE CENTRO 1.
M. de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 094

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte accionante.

La Señora ROSA EMIR ORDOÑEZ identificada con la cédula de ciudadanía nro.34.607.790 expedida en Santander de Quilichao (Cauca), a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE CENTRO 1, solicitando que se declare la nulidad del Oficio nro. AJ 2.2. 908 de 9 de junio de 2015, se reconozca que entre ellos existió una relación laboral, y se ordene el consecuente pago de los salarios con su reajuste a la escala salarial para los empleados públicos, las prestaciones sociales como: prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, prima de riesgo, prima de antigüedad, vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por reparación, horas extras, compensatorios, recargos por trabajo nocturno en dominicales, festivos, y demás haberes laborales legales dejados de percibir desde su incorporación a la E.S.E CENTRO 1 (1. ° de abril de 2004) hasta la fecha de retiro del servicio (15 de marzo de 2013), y desde la fecha de su retiro del servicio de la E.S.E CENTRO (15 de marzo de 2013) hasta la fecha que se efectúe el pago total.

Como supuestos fácticos, se afirma que la demandante trabajó como auxiliar de enfermería para la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE CENTRO 1 en el punto de atención del municipio de Morales (Cauca), para la cual prestó los servicios personales de manera continua y permanente desarrollando las mismas actividades que los servidores públicos, bajo una relación de subordinación, durante aproximadamente 8 años, 11 meses y 15 días, desde el día 1. º de abril de 2004 hasta el día 15 de marzo de 2013, por intermedio de diferentes contratos sindicales con MEDONTOSALUD, SERVIALIANZA, COMPARTIR, PROYECTAMOS SALUD, SINTRASALUD y ASOSSUD.

Así entonces, considera la accionante que las anteriores relaciones cumplen los requisitos esenciales de la relación laboral, esto es, prestación personal de servicios, continua dependencia y subordinación.

Que la señora ROSA EMIR mediante carta de 28 de febrero de 2013 fue despedida por el representante legal del Sindicato Asossud, sin indicar las razones para hacerlo.

Que presentó una reclamación administrativa ante el Ministerio de Trabajo, entidad que, a través de proceso administrativo sancionatorio, estableció que las demandadas ESE Centro 1 y Asossud violaron el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 al celebrar contrato sindical para realizar actividades propias de la ESE, acorde a la sentencia C- 171 de la Corte Constitucional; así mismo, encontraron violado el decreto 2025 de 2011 y la Ley 1429 de 2010 por efectuar actos de intermediación laboral.

Que posteriormente elevó petición radicada bajo el nro. 988 presentada el día 15 de mayo de 2015 ante la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO- ESE CENTRO 1, para que le fueran reivindicados sus derechos laborales, pero la entidad demandada negó la solicitud.

En la etapa de alegaciones finales la parte actora hizo referencia a los hechos que consideró se acreditaron en el curso del proceso, para señalar que la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ laboró de manera ininterrumpida en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO- ESE CENTRO 1, desde el 1. ° de abril del 2004 hasta el 15 de marzo del 2013, y que las funciones desempeñadas están relacionadas con la misión de la institución médica, es decir, no son funciones temporales que puedan ser contratadas por intermediarios, resaltando la sanción impuesta por el Ministerio del Trabajo por este hecho.

Señaló, además, que se probaron los requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral como el caso de la subordinación, contraprestación a través del Sindicato, y la prestación personal del servicio.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la entidad demandada.

La mandataria judicial de la Institución, dentro del término oportuno se opuso a las pretensiones y hechos de la demanda, señaló que el acto administrativo es inexistente, que la actora presto su servicio para el sindicato de trabajadores de la salud, entidad que realizó todos los aportes prestacionales a que por ley tiene derecho, así mismo, adujo que la E.S.E CENTRO 1 no profirió ningún acto administrativo de nombramiento, por lo que no existe un vínculo legal y reglamentario que regule la relación jurídica entre al demandada y la actora.

También afirma que cuando se celebra un contrato colectivo sindical, las condiciones en que se pacta no son de subordinación y dependencia como en un contrato individual de trabajo, sino que los términos de la negociación son fruto de una concertación en igualdad de condiciones, entre el representante legal del sindicato y la empresa contratante, que según el artículo 482 C.S.T consiste en un sindicato patronal. De hecho, según el numeral 7 del artículo 5 del decreto 1429 de 2010, "*El sindicato será el responsable de la administración del sistema de seguridad social integral, tales como afiliación, retiro, pagos, y demás novedades respecto de los afiliados participantes*".

Presentó las excepciones de "falta de legitimación en la causa por pasiva", "prescripción" "caducidad" e "inexistencia de la obligación de reintegrar y pagar indemnización y emolumentos salarial".

La entidad accionada no presentó alegatos de conclusión.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La señora Procuradora delegada para este despacho no presentó concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por el lugar de los hechos este Juzgado es competente para conocer del asunto en PRIMERA INSTANCIA, conforme lo prevé el artículo 140 y 155 # 6 de la Ley 1437 de 2011, sin la modificación de la Ley 2080 de 2021 considerando la fecha de presentación de la demanda.

En cuanto a la caducidad de la acción, debe decirse que, sobre las pretensiones de carácter periódico, tal como lo dispone el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, nral.2, letra c, la demanda puede presentarse en cualquier tiempo, veamos:

> *"ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:*
>
> *1. En cualquier tiempo, cuando:*
>
> *c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; (…)".*

En el tema puntual de aportes a pensión, ha dicho el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016[1], que, *"las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control, de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA",* por lo que no podría predicarse el fenómeno de caducidad respecto de esta pretensión.

Ahora bien, en cuanto a la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la relación laboral y la indemnización solicitada, se tiene que el acto administrativo acusado se notificó el 12 de junio de 2015, es decir, la demandante tendría hasta el 13 de octubre de 2015 para impulsar el medio de control.

La solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial se presentó el 3 de septiembre de 2015, fecha que suspende términos hasta el 20 de octubre de 2015 momento en el que se celebra dicha audiencia; la demanda se presentó el 23 de noviembre de 2015 (folio 117), es decir, dentro del término que indica la ley.

2.2.- Problema jurídico.

Se debe determinar si hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR y la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES, desde el 1. ° de abril de 2004 hasta el 15 de marzo de 2013. En caso afirmativo, establecer si hay lugar a reconocer las acreencias laborales dejadas de pagar a la demandante.

2.3.- Tesis.

El Despacho declarará la nulidad parcial del Oficio nro. AJ 2.2. 908 de 9 de junio de 2015, a través del cual se le negó a la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de los factores salariales y prestacionales, por encontrar acreditados los elementos constitutivos del vínculo laboral respecto de un periodo de tiempo.

En consecuencia, se ordenará a la E.S.E CENTRO 1 pagar a la demandante los factores salariales y prestacionales a que haya lugar, así como efectuar al respectivo fondo de pensiones el aporte de la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero únicamente en el porcentaje que le correspondía como empleador, entre el 1. ° de junio de 2012 y el 15 de marzo de 2013.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) lo probado en el proceso, (ii) el contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, (iii) El contrato sindical (iv) el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, (v) caso concreto, y (vi) Prescripción.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA. - Lo probado dentro del proceso.

- Con las pruebas documentales:

  - De la vinculación de la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR con el Sindicato de Trabajadores de la Salud – ASOSSUD reposan los siguientes documentos:

  - Contrato sindical de trabajo con fecha de inicio de 1. ° de junio de 2012 y fecha de terminación 15 de marzo de 2013. (F. 4).

1 Sentencia 00260 de 25 de agosto de 2016, Expediente 23001233300020130026001 (0088-2015). Consejero Ponente: Carmel Perdomo Cuéter.

- A folio 6 se encuentra referencia laboral de ASOSSUD donde consta la vinculación de la señora ORDOÑEZ TOBAR mediante acuerdo sindical desde el 1. ° de junio de 2012 hasta el 15 de marzo de 2013, prestando sus servicios como auxiliar de enfermería para la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES – CAUCA.

- A folio 71 se refiere oficio de 28 de febrero de 2013 donde ASOSSUD le informa a la señora ORDOÑEZ TOBAR que el acuerdo que los vincula terminará el 15 de marzo de 2013 y no será prorrogado ni renovado.

- Obra a folios 73 a 76 derecho de petición de 15 de mayo de 2015 elevado por la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR ante la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES donde solicitó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de salarios dejados de percibir con su reajuste conforme a la escala salarial para los empleados públicos, las prestaciones de ley como prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de riesgo, prima de antigüedad, vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, horas extras, compensatorios, recargos por trabajo nocturno en dominicales y festivos, el porcentaje correspondiente a los aportes patronales para el sistema general de seguridad, derechos laborales causados desde el día 1. ° de abril de 2004 hasta el 15 de marzo de 2013.

  También se cancele la correspondiente indemnización por despido injusto, toda vez que, considera que el vínculo laboral que tuvo con la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES es propia de los empleados públicos.

  Por último, se le cancelen los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que afirma asumió totalmente, así como la sanción establecida en la ley de seguridad social por no haberla afiliado a los fondos de salud y pensión, y que le sea reconocido el pago por sanción moratoria.

- La E.S.E CENTRO con oficio AJ 2.2 nro. 908 de 09 de junio de 2015 da respuesta al derecho de petición radicado el 15 de mayo de 2015 por la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR donde se niega las peticiones impetradas por la solicitante.

- Se encuentran desprendibles de pago durante su vínculo con la ESE Centro 1 por intermedio de ASOSSUD, de 1. ° de junio a diciembre de 2012 a 15 de marzo de 2013.

- Señala el Gerente de la E.S.E CENTRO 1 mediante oficio GR 2.0 - 17 de fecha 24 de abril de 2019, que dicha entidad no cuenta con una proyección de planta de empleos, y que los contratos sindicales que haya podido celebrar la señora ROSA EMIR ORDOÑEZ TOBAR con PROYECTAMOS SALUD, SINTRASALUD DEL CAUCA, ASOSSUD no reposan en sus archivos, en tal virtud se le conmina a recurrir a los ya mencionados.

- A folio 16, con oficio GR 2.0 – 17 radicado en el despacho el 8 de mayo de 2019, el Gerente de la E.S.E CENTRO 1 remite copia de los contratos celebrados entre la E.S.E CENTRO 1 con los sindicatos “Compartir” y “Proyectamos Salud”.

  En cuanto a “Servialianza” refiere que no se encontró en el archivo ningún contrato celebrado con esta.

  También manifestó que los registros de antes de mayo de 2007 se encuentran en la Gobernación del Cauca y que una vez revisado su archivo no se halló contrato alguno con “SINTRASALUD CAUCA”.

- Dentro del decurso procesal se ha acreditado que la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES, celebró los siguientes contratos de ejecución de proceso administrativo:

N°	Cooperativa	N° contrato	Fecha inicio	Fecha final	Observaciones
1	Compartir	13	2.ene.09	31.mar.09	Minuta incompleta sin establecer objeto, valor y lugar de ejecución.
2	Compartir	18	1.abr.09	30.abr.09	
3	Proyectamos	20	1.abr.09	31.jul.09	
4	Compartir	5	2.ene.10	30.dic.10	
5	Compartir	15	3.ene.11	31.ene.11	
6	Compartir	17	3.ene.11	31.ene.11	
7	Proyectamos	4	1.ene.09	31mar.09	
8	Proyectamos	5	2.ene.09	31.mar.09	
9	Proyectamos	6	2.ene.09	31.mar.09	
10	Compartir	13	2.ene.09	31.mar.09	Minuta incompleta sin establecer objeto, valor y lugar de ejecución.
11	Proyectamos	20	7.abr.09	7ago.09	
12	Compartir	18	1abr.09	30.abr.09	
13	Proyectamos	11	2.ene.10	28.feb.10	
14	Proyectamos	10	2.ene.10	28.feb.10	

- Obra a folios 129 a 130 del expediente, informe con fecha de radicación de 30 de julio de 2019 del representante legal de la ESE CENTRO 1, quien afirma que se desempeñó como Gerente entre el 1. ° de agosto de 2008 y el 30 de marzo de 2012, certificando bajo la gravedad de juramento que no conoce a la señora ORDOÑEZ TOBAR, que no tiene conocimiento que esta haya tenido vinculación laboral con la E.S.E Centro mientras él fue gerente. Afirma que para la época de su gerencia el personal de planta estaba distribuido conforme a lo acordado por la Asamblea Departamental así: el gerente, 4 coordinadores de punto, 1 médico y 1 odontólogo por cada punto de atención (que son 4, Morales, Cajibío, Silvia, Piendamó), con duración de 1 año, 4 auxiliares administrativos (1 por punto), 4 auxiliares de enfermería (1 por punto) que para la época estaban nombrados provisionalmente, también refirió que la contratación de actividades para la época de su gerencia se realizó con el Sindicato de Trabajadores de la Salud RECUPERARTE porque las E.S.E al momento de su creación no contaba con planta de personal asistencial.

- A folio 119, se encuentra contrato sindical nro. 059 de 2012 suscrito entre la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES y la asociación sindical ASSOSUD para la prestación de servicios de apoyo asistencial dentro del proceso de gestión ambulatoria subproceso de promoción y prevención, consulta externa y odontología por valor de $ 84.896.116 y con plazo de 26 días contados a partir del 6 de octubre hasta el 31 de octubre de 2012 o hasta agotar el valor presupuestado.

- A folio 194, se encuentra contrato sindical nro. 009 de 2013 suscrito entre la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES y la asociación sindical ASSOSUD para la prestación de servicios de apoyo asistencial dentro del proceso de gestión ambulatoria subproceso de promoción y prevención, consulta externa y odontología por valor de $ 510.000.000 y con plazo hasta el 30 de junio de 2013 o hasta agotar el valor presupuestado. Este documento se encuentra incompleto y se valorará desde el proceso sancionatorio traído al expediente.

❖ <u>Del proceso sancionatorio adelantado por el Ministerio de Trabajo en contra E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES y ASSOSUD:</u>

- Obra en el expediente a folios 770 a 782 Resolución nro. 0360 de 29 de diciembre de 2015, “por medio de la cual se decide un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio”, expedida por el Ministerio del Trabajo, en la cual, entre otros aspectos, dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: SANCIONAR a la asociación SINDICAL “ASSOSUD”, Nit No 900.522.241-3, Representada legalmente por el Señor DIEGO FELIPE VARONA identificado con cédula de ciudadanía No 1.061.756.431, con multa de cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes equivale a SESENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE ($64.435.000.oo) con destino al servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. ARTICULO SEGUNDO: a la empresa social del estado centro uno E.S.E, identificada con Nit. 900.145.581-5, Representada legalmente por el Señor rodrigo Quiñones identificado con cédula de ciudadanía No 10.532.264 expedida en Popayán, domicilio en la carrera 4 número 5 – 78 Barrio Inmaculada del municipio de

Piendamó – Cauca con multa de cien (100) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes equivale a SESENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE ($64.435.000.oo) con destino al servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. (…)".

- Mediante oficios radicados en el despacho el 4 febrero de 2016 la E.S.E CENTRO 1 PUNTO DE ATENCIÓN MORALES y ASSOSUD presentaron recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución nro. 0360 de 29 de diciembre de 2015, decisión confirmada en alzada a través de resoluciones 0093 de 26 de abril de 2016 y 230 de 13 de septiembre de 2016, respectivamente.

❖ Con las pruebas testimoniales:

En la audiencia de pruebas se recibió el testimonio de Patricia Leal Morales, Freddy Alberto Cardona Terán y Lenith Catherin Montañes Ángel.

- Testimonio de la Señora Patricia leal morales.

Señala que laboró en la ESE Centro 1 entre el año 2004 y el mes de enero de 2013, desempeñándose por dos años como auxiliar de archivo y luego como auxiliar de facturación, motivo por el que señala que conoció a la demandante, señora Rosa Emir Ordóñez Tobar, de quien indica que ingresó a trabajar en el mes de mayo de 2004 hasta el 2013, sin recordar el mes, como auxiliar de enfermería en urgencias con turnos de noche y de día y en hospitalización.

Ante el interrogante del modo de vinculación, señaló que las hojas de vida primero iban a la ESE Centro 1, que en ese tiempo se llamaban centro de salud, las hojas de vida las tomaba directamente la ESE y luego iba a la Cooperativa. Respecto de la demandante, afirmó que fue vinculada por una Cooperativa de Trabajo Asociado que posteriormente cambió de nombre y se convirtió en Sindicato, relata que solamente recuerda que el nombre de una de las Cooperativas era Compartir, pero que había varias.

En cuanto a la remuneración, señaló que en el caso de la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar, manejaban cuadros de turnos, donde ella tenía unas horas laboradas, horas que eran autorizadas por la Coordinadora de turno, quien daba el visto bueno, el cual era remitido al Sindicato para que le pagaran el tiempo trabajado. Adicionalmente, manifiesta, que los turnos variaban de acuerdo con la programación que hiciera la enfermera jefe, al que le daba el visto bueno la auxiliar administrativo.

Destaca que el trabajo que cumplía la Sra. Rosa Emir era por horas, de acuerdo a la programación, en turnos de 7:00 de la noche a 7:00 de la mañana, y el pago era mensual. Que todos tenían una programación y que siempre de manera obligatoria tenían que firmar un libro a la hora de ingreso y salida del hospital.

Respecto a la subordinación, aduce que las órdenes no venían por las Cooperativas de Trabajo Asociado, sino directamente de la Coordinadora del punto o del auxiliar administrativo Jair Jaramillo, aclarando que cada centro tenía su coordinador.

En relación con la terminación del vínculo, la testigo expuso que tanto ella como la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar recibieron una llamada a las 10:00 de la noche para que entregaran el puesto al otro día.

Le pregunta la apoderada de la parte demandada si tiene conocimiento sobre alguna carta de despido, a lo que contesta que sí, pero que no conoció el oficio, solamente se enteró que llegaron las cartas de despido por parte del Sindicato.

- Testimonio del Señor Freddy Alberto Cardona Terán.

Manifestó que conoce a la demandante porque ambos son del municipio de Morales y porque él es de la Asociación del punto Morales.

Respecto a la vinculación de la señora Rosa Emir Ordóñez, manifiesta que trabajaba con la ESE 1 como auxiliar de enfermería, desde el año 2007, más o menos, cumpliendo turnos de hasta 12 horas de día y de noche, conocimiento que tenía por cuanto era uno de los representantes de liga de usuarios que tenía una sede dentro del hospital.

Con relación a la subordinación, afirmó el testigo que las órdenes de trabajo para la ESE Centro Morales las daba Jaramillo, las auxiliares y los médicos e indicó que nunca vio al señor Rodrigo Quiñonez en el punto de Morales.

- Testimonio de la Señora Lenith Catherin Montañes Ángel.

Manifestó conocer a la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar ya que trabajó con ella entre los años 2012 y 2013.

Afirmó la testigo que su cargo era de coordinadora del punto Morales, donde coordinaba las funciones administrativas del punto al ejercer una posición de jerarquía frente a algunos empleados.

En cuanto al vínculo que tenía la demandante con la ESE Centro 1, señaló que estaba asociada con el sindicato ASSOSUD que a su vez tenía contrato con la ESE 1 y cumplía funciones de enfermería.

Frente a la subordinación, refiere la testigo que las directrices eran impartidas por el sindicato directamente a la demandante a través de sus asociados, por ejemplo, las enfermeras asociadas al sindicato, igual hacían con la programación de los turnos, que indica eran rotativos y manejados por el sindicato. Que como interventora tenía comunicación con las personas del sindicato y comunicaba las anomalías.

Sobre la remuneración, sostuvo la testigo que desconocía el valor, pero que el pago lo efectuaba el sindicato. Así mismo, afirmó que daba un visto bueno para que el sindicato efectuara los pagos.

Agrega que, cuando se suscitaban inconvenientes al interior del establecimiento, se comunicaba al sindicato y bajo su responsabilidad quedaban los empleados de la ESE.

SEGUNDA. Marco jurídico.

Del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en su numeral 3 consagra la modalidad de prestación de servicios en el siguiente sentido:

> *"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: … 3o. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."*

De la norma en cita se extrae que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula de manera excepcional a una persona natural con el fin de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que de ninguna manera admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Ahora bien, el contrato de trabajo tiene elementos que difieren del de prestación de servicios independientes, para que aquel se configure se requiere la existencia de la

prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Por su parte, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia que se materializa en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

El Consejo de Estado al estudiar los elementos que configuran el contrato laboral ha sostenido que es la subordinación la que determina la diferencia entre una y otra modalidad, en sentencia del 1. ° de marzo de 2018, radicado nro. 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730- 2014) respecto al tema, sostuvo:

> *"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*
>
> *Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo."* (Hemos destacado).

Y sobre la existencia e indemnización del contrato laboral, la máxima corporación contenciosa administrativa, en sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, expediente 73001- 23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), de la Sección Segunda, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, señaló al respecto:

> *"La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.*
>
> *Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, (…)".*

- Del Contrato Sindical y la contratación con Empresas Sociales del Estado.

El artículo 39 de la Constitución Política, consagra el derecho de asociación sindical, en los siguientes términos:

> *"Artículo 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial. Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública."*

El Consejo de Estado, definió la libertad sindical como "*un principio y/o derecho fundamental de los trabajadores para agruparse, defender sus intereses comunes y hacer efectivas sus garantías laborales, obteniendo así, el mejoramiento de sus condiciones de trabajo, el reconocimiento de nuevos beneficios y la reivindicación de prerrogativas emanadas de la Constitución, los convenios internacionales, la ley y los acuerdos celebrados con los empleadores*[2]*."*

2 Consejo de Estado, sentencia de 8 de agosto de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra, Radicación 2229-2014

El artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato Sindical en los siguientes términos:

> *"Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios (empleadores) o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo".*

Y esta norma, fue reglamentada por el Decreto 1429 de 2010, y en su artículo 1. °, dispuso:

> *"Artículo 1°. El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo".*

Es decir, que, las personas naturales tienen la libertad de afiliarse a un sindicato, y vincularse a través de Contrato Sindical a entidades públicas y privadas, para la prestación de sus servicios.

En consonancia con estas normas, la Ley 1438 de 2011 *"Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*, autorizó a las Empresas Sociales del Estado la contratación de empleados a través de terceros, para el desarrollo de sus funciones. Esto dispuso la mencionada norma:

> *"ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad."*

Norma en comento, que fue estudiada por la Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2012, en la cual, en su parte considerativa señaló:

> *"En este sentido, esta Corporación coincide con el concepto vertido por el Procurador General de la Nación en cuanto a que (i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política."*

Y finalmente, resolvió:

> *"PRIMERO.- DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo 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 Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados."*

Más adelante, el Consejo de Estado, en sentencia de 6 de julio de 2017, Radicación interna 2218-16, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, respecto del término de tercerización laboral, dispuso:

> *"6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes. La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos: a) Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y b) Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes."*

De acuerdo a las anteriores normas, si bien en Colombia está permitido a las Empresas Sociales del Estado contratar a través de Contrato Sindical a empleados para el desarrollo de sus funciones, debe tenerse en cuenta, que dicha contratación debe cumplir con ciertas reglas y requisitos, en aras de proteger los derechos laborales y prestacionales, puesto que finalmente, si a través del contrato sindical se incurre en prácticas de tercerización laboral, se estaría enmascarando la existencia del contrato laboral.

- Del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Bajo esa premisa, la Corte Constitucional ha entendido este postulado de la siguiente manera:

> *"(…) no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad"3. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma[4]".*

Sobre el particular, la citada Corporación ha señalado que:

> *"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato[5]".*

De igual forma, el Consejo de Estado estableció que, respecto del principio de la primacía de la prevalencia de la realidad sobre las formas, este busca proteger a los trabajadores desde la égida de la desigualdad existente en la relación de estos con los empleadores, sin que puedan verse afectados en sus condiciones por las simples formalidades[6]:

> *"Señala la Sala que este tipo de procesos en los cuales se pretende la aplicación del artículo 53 de la Carta Superior referente al principio de la primacía de la prevalencia de la realidad sobre las formas, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos*

---

3 Sentencia T-616 de 2012.

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

5 Sentencia C-555 de 1994

6 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 6 de octubre de 2016, Radicación Número: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13).

de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

Bajo ese entorno, el aludido principio busca proteger a la parte desvalida en la relación contractual estatal, civil o comercial, cuando la misma es utilizada para encubrir una relación de trabajo. El encubrimiento de la relación de trabajo no es otra cosa que la creación de una apariencia distinta de la que en verdad aquella tiene y puede versar sobre sus diversos elementos, pero en cualquier caso está destinada a anular o a atenuar la protección legal.

Lo anterior supone, por tanto, una acción que pretende ocultar o deformar la relación de trabajo, tras el ropaje de otra figura jurídica donde el trabajador tenga menor protección legal."

Se concluye entonces, que, al margen 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 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.

- Del contrato realidad en casos de auxiliares de enfermería.

La Corte Constitucional, guardando la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, sostuvo respecto del contrato realidad de auxiliares de enfermería lo siguiente:

"62. En el caso particular de los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades públicas como una E.S.E. y auxiliares de enfermería, como es el caso de la aquí accionante, el Consejo de Estado ha dicho en reiterada jurisprudencia que, por las características de las funciones contratadas, se presume el presupuesto de subordinación y dependencia, el cual podrá ser desvirtuado por la parte accionada.

63. Esto con fundamento en que no es posible hablar de autonomía cuando una auxiliar de enfermería, por lo general, "no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en qué horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación."[77]

64. De igual forma, el Consejo de Estado ha explicado que "dicha presunción existe en atención a que por regla general se debe tener en cuenta que a los médicos les corresponde direccionar a las enfermeras y emitir órdenes tendientes a que estas ejecuten un cuidado particular a cada paciente en los centros de salud", en razón a que las dolencias, medicamentos y tratamientos varían en cada caso, motivo por el cual se entiende que entre médicos y enfermeras hay más que una coordinación de actividades.

*65. Es de resaltar que en el caso particular en que se ha demandado a un hospital que es E.S.E. también se ha señalado que las labores de una auxiliar de enfermería, a menos que la parte accionada demuestre lo contrario, no pueden ser consideradas como actividades esporádicas ejercidas en una entidad prestadora de salud, sino que tiene carácter permanente, pues es una labor "necesaria para la prestación eficiente del servicio público esencial de salud".**[78]***

66. Aunado a lo anterior, es evidente que, dada la naturaleza de las funciones de auxiliar de enfermería, se puede deducir que esta función no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que "quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios". Además, la actividad que se desarrolla por un auxiliar de enfermería no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud. En palabras del Consejo de Estado, lo expuesto "no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir". En consecuencia, le corresponderá a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción".[79]"7

7 Corte Constitucional. Sentencia T-388/20. Referencia: Expediente T-7.745.031. Acción de tutela presentada por Lucy Caycedo Chala contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E. Magistrada ponente: DIANA FAJARDO RIVERA. Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre dos mil veinte (2020).

TERCERA. - Análisis de la legalidad del acto administrativo enjuiciado.

Se solicita en la demanda la declaratoria de existencia de una relación laboral entre la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar y la ESE Centro 1, desde el 1. º de abril de 2004 hasta el 15 de marzo de 2013, y, en consecuencia, se cancele todo emolumento al cual tiene derecho en virtud de dicha relación laboral.

Descendiendo al caso concreto tenemos, que se acreditó que la Empresa Social del Estado Centro 1, suscribió diferentes contratos de ejecución, tal como se establece a continuación:

N°	Cooperativa	N° contrato	Fecha inicio	Fecha final	Objeto
1	Proyectamos	4	1.ene.09	31mar.09	Ejecución del proceso de **consulta externa** en el punto de atención Morales, para lo cual el contratista se compromete a brindar toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos (…).
2	Proyectamos	5	2.ene.09	31.mar.09	Ejecución del proceso de **urgencias y hospitalización** en el punto de atención Morales, para lo cual el contratista se compromete a brindar toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos (…)
3	Proyectamos	6	2.ene.09	31.mar.09	Ejecución del proceso **administrativo** en el punto de atención Morales, para lo cual el contratista se compromete a brindar toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos (…)
4	Compartir	13	2.ene.09	31.mar.09	Minuta incompleta sin establecer objeto, valor y lugar de ejecución.
5	Compartir	18	1.abr.09	30.abr.09	Ejecución del proceso **administrativo** de los puntos de atención Piendamó, Morales, Cajibío y Silvia, para lo cual el contratista se compromete a brindar a la entidad contratante toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su ejecución, con el equipo humano y tecnológico detallado en el anexo 1.
6	Proyectamos	20	1.abr.09	31.jul.09	La cooperativa se compromete con la ejecución del proceso de sistema integral de **referencia y contrarreferencia** en beneficio de los usuarios (…) para lo cual la Cooperativa se compromete en poner a disposición del contratante toda su fuerza de trabajo a través del personal asociado a la Cooperativa.
7	Proyectamos	20	7.abr.09	7ago.09	La cooperativa se compromete con la ejecución del proceso de sistema integral de **referencia y contrarreferencia** en beneficio de los usuarios (…) para lo cual la Cooperativa se compromete en poner a disposición del contratante toda su fuerza de trabajo a través del personal asociado a la Cooperativa.
8	Compartir	5	2.ene.10	30.dic.10	Ejecución del proceso **administrativo** punto de atención Morales ESE Centro 1 (…) para brindar al contratante toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios, organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos de su ejecución.
9	Proyectamos	10	2.ene.10	28.feb.10	Ejecución del proceso de **consulta externa** en el punto de atención Morales, para lo cual el contratista se compromete a brindar toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos (…).
10	Proyectamos	11	2.ene.10	28.feb.10	Ejecución del proceso de **urgencias y hospitalización** en el punto de atención Morales, para lo cual el contratista se compromete a brindar toda la fuerza de trabajo de sus asociados para prestar los servicios organizados directamente por la Cooperativa con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos (…).
11	Compartir	15	3.ene.11	31.ene.11	Prestar los servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades de índole administrativas y conexas necesarias para cumplir con el proceso de apoyo integral de apoyo administrativo planeación y calidad en la ESE Centro 1 (…).
12	Compartir	17	3.ene.11	31.ene.11	Prestar los servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades de índole administrativas y conexas necesarias para cumplir con el proceso de apoyo integral de apoyo administrativo punto de atención Morales en la ESE Centro 1 (…).

Adicionalmente, se tiene que la ESE Centro 1 punto de atención Morales celebró los contratos sindicales nro. 59 de 2012 y nro. 009 de 2013, para la prestación de servicios de apoyo asistencial dentro del proceso de gestión ambulatoria subproceso de promoción y prevención, consulta externa y odontología.

También obra certificación del representante legal de la Asociación Sindical Assosud señalando que la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar estuvo vinculada a ese Sindicato como afiliada partícipe por medio de un acuerdo sindical, desde el 1. ° de junio de 2012 hasta el 15 de marzo de 2013, prestando su servicio de manera autogestionada como auxiliar de enfermería para la ESE Centro 1 punto de atención Morales. Aunado a lo anterior, reposa en el expediente contrato sindical de trabajo con fecha de inicio de 1. ° de junio de 2012 y fecha de terminación de 15 de marzo de 2013, celebrado entre la demandante y Asossud.

De acuerdo a las anteriores vinculaciones, se acredita que la demandante laboró como Auxiliar de enfermería, en la ESE Centro 1 punto de atención Morales, en el periodo comprendido entre el 1. ° de junio de 2012 y el 15 de marzo de 2013 a través de la Asociación Sindical Asossud, tal y como consta en el contrato Sindical y la certificación expedida por el representante legal de dicha Asociación.

Ahora, procede el Despacho a analizar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta que trabajaron en la misma ESE e interactuaban con la señora Rosa Emir Ordóñez, no obstante, se hará la revisión de los testimonios en conjunto con los otros medios de prueba allegados al proceso, y se realizará el estudio de los 3 requisitos para la existencia de una relación laboral, de la siguiente manera.

En cuanto a la prestación personal de la labor. Se evidencia en el contrato suscrito por la demandante con Asossud, que debía prestar el desempeño de sus actividades al Sindicato y en consecuencia a la ESE CENTRO 1 punto de atención Morales, en virtud del Contrato Sindical pactado entre ellos.

Igualmente, en las declaraciones rendidas por los señores Patricia Leal Morales, Freddy Alberto Cardona Terán y Lenith Catherin Montañes Ángel, se señaló que las actividades asignadas se prestaban de manera personal y presencial, pues la señora Rosa Emir, debía cumplir jornadas hasta de 12 de horas.

Sobre la remuneración. Se acreditó, que si bien, la ESE CENTRO 1 no cancelaba de manera directa el salario a la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar, ello se realizó en virtud del contrato sindical pactado entre la mencionada empresa social del estado y ASOSSUD, asimismo, que la Coordinadora de la ESE daba su visto bueno para cancelar el valor pactado una vez se verificara el cumplimiento de las labores asignadas.

De la misma manera, señalaron los testigos Patricia Leal Morales y Freddy Alberto Cardona Terán, que el Sindicato cancelaba de manera mensual la remuneración a la demandante.

Respecto del requisito de subordinación. En cuanto al elemento subordinación, se extrae que la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar no tenía independencia en el ejercicio de sus labores, pues debido a la naturaleza de su perfil, debía atender las instrucciones de otro personal, resaltando nuevamente, en este momento, las cláusulas pactadas en el contrato, puesto que señala que se compromete a:

> "*SEXTA: El trabajador miembro debe atender los horarios de trabajo de las actividades que le sean encomendadas, comprendidas dentro de ellas las capacitaciones o cualquier actividad que sea asignada por la Junta Directiva o por su Representante Legal".*

Además de lo señalado, como expuso el señor Freddy Alberto Cardona Terán en su testimonio, las órdenes de trabajo para la ESE Centro Morales *"las daba Jaramillo, las auxiliares y los médicos"*.

Por su parte, la testigo Lenith Catherin Montañez Ángel, señaló que en su calidad de Coordinadora de la ESE Centro 1 Morales, revisaba el cumplimiento de la programación de turnos y daba su visto bueno para el pago de la remuneración.

Igualmente, con la declaración de parte rendida en audiencia de pruebas por los testigos, se demuestra que desarrolló sus funciones en la Empresa Social del Estado Centro 1, punto de atención Morales.

Encontramos, además, que en el contrato sindical suscrito entre la Señora Rosa Emir Ordóñez Tobar y Asossud, se establecieron las siguientes cláusulas:

> *"QUINTA: El Sindicato de Trabajadores de la Salud ASOSSUD, declara que el objeto principal es buscar, aglutinar valores, conocimientos, experiencias y esfuerzos de sus miembros, para generarles ingresos y contribuir al desarrollo integral de la comunidad mediante promoción, organización y ejecución de actividades en salud; en consecuencia de lo anterior, los trabajadores miembros trabajarán de acuerdo con las normas exigidas por la entidad usuaria o contratante y se obliga a efectuar las labores que le sean señaladas y colaborará con todo lo relacionado con las normas de calidad y con atención a los métodos que se le entreguen para ejecutar la labor. SEXTA: El trabajador miembro debe atender los horarios de trabajo de las actividades que le sean encomendadas, comprendidas dentro de ellas las capacitaciones o cualquier actividad que sea asignada por la Junta Directiva o por su Representante Legal. OCTAVA: El término del presente contrato es de manera definida, que termina el 15 de marzo de 2013 o hasta cuando solicite su desvinculación voluntaria o por haber incurrido en alguna de las causales que determinen la desvinculación o por la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito con la entidad contratante".*

Como bien se colige de la jurisprudencia *ut supra* el contrato sindical es una modalidad excepcional de vinculación con las Empresas Sociales del Estado, y halla justificación constitucional en la medida que sea un instrumento para realizar funciones o actividades ocasionales, las cuales han precisado las Altas Cortes, son aquellas que no hacen parte del giro ordinario de las labores propias de la entidad pública, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados. En todo caso, la vinculación del contratista en modo alguno puede revestir subordinación.

Aunado a lo anterior, se destaca lo dispuesto de manera pacífica por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en tanto se debe presumir en los contratos de prestación de servicios suscritos por entidades públicas como una E.S.E. y auxiliares de enfermería, el presupuesto de subordinación y dependencia, el cual, requiere ser desvirtuado por la parte accionada.

Es necesario en este momento, hacer referencia al proceso sancionatorio adelantado por el Ministerio del Trabajo, y a la sanción impuesta a la ESE CENTRO 1 y a la Asociación Sindical ASOSSUD, al considerar que las funciones que desempeñaba la demandante, no eran de carácter ocasional, sino que se encontraban relacionadas con la misión de la Empresa Social del Estado.

De acuerdo a lo anterior, resulta claro que, la demandante, a pesar de haber estado vinculada a través de contrato de prestación de servicios, por intermedio del Sindicato de Trabajadores de la Salud ASOSSUD, bajo la figura del contrato sindical, realmente tenía una relación laboral que implicó la prestación directa del servicio, la continuada subordinación laboral con la ESE CENTRO 1 y aunque la remuneración como prestación del mismo, no fue cancelada directamente por la Empresa Social del Estado, la misma se realizó a través de las mencionadas instituciones de manera ininterrumpida en todo el periodo de vinculación, y aunque el horario de trabajo no es un elemento esencial de la relación laboral, también fue un requisito que debió cumplir la entonces contratista.

Así pues, las labores desarrolladas por la demandante, revisten de carácter presencial, permanente y hacen parte del servicio misional de la empresa social del estado, para lo cual debió crear los cargos necesarios y así garantizar tanto el servicio asistencial desarrollado por la señora Rosa Emir Ordóñez, como una relación legal y reglamentaria.

De modo que, las actividades que realizó la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar como auxiliar de enfermería en las áreas de urgencias y hospitalización se consideran funciones de

carácter permanente y no ocasional, bajo las órdenes de auxiliares y médicos; cumplimiento de funciones que supeditaban la contraprestación pactada.

En consonancia con lo acreditado en el acervo probatorio, se considera, se logró acreditar la existencia de un contrato laboral, enmascarado en la figura de un contrato de prestación de servicios entre el 1. ° de junio de 2012 y el 15 de marzo de 2013 de manera ininterrumpida y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral consagrado en el artículo 53 de la carta constitucional, resulta necesaria la protección especial del Estado.

Por lo tanto, se itera, dando aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, se establece que existió una verdadera relación laboral, por cuanto se demostró la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada. Sin embargo, lo anterior no conlleva reconocerle el estatus de empleada pública a la demandante, teniendo en cuenta que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal, así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren, expediente 73001-2331-000-2008-00081- 1(1618-09).

A manera de colofón, se declarará la nulidad del oficio nro. AJ 2.2. 908 de 9 de junio de 2015, y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1, que realice el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la accionante tomando el valor establecido en los contratos de prestación de servicios y los contratos sindicales, para el periodo comprendido entre el 1. ° de junio de 2012 y el 15 de marzo de 2013.

Asimismo, deberá tomar el ingreso base de cotización de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solamente en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en el caso que no las hubiese hecho o existiese diferencia, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

En cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria, pretensión de la demanda, no se accederá en razón a que esta sentencia es constitutiva de derechos y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario, por lo cual, no hay lugar a declarar el incumplimiento que sería la fuente de la sanción. Así lo ha señalado de manera reiterada el Consejo de Estado:

> *"Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.*
>
> *En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas."*[8]

Respecto de la indemnización por retiro injustificado, solicitado en la demanda, se considera no es procedente, teniendo en cuenta que en el formato de afiliación para el desempeño

8 Consejo de Estado, sentencia de 6 de octubre de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación Interna: 3308-13

del contrato sindical en la ESE CENTRO 1 por parte de la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar, se señaló que finalizaría el 15 de marzo de 2013; asimismo, fue allegado con la demanda oficio de 28 de febrero de 2013, dirigido a la accionante, por parte del Representante Legal de ASOSSUD, en el cual se indica la terminación del contrato el 15 de marzo de 2013.

Finalmente, en cuanto a los periodos reclamados con fecha de inicio 1. º de abril de 2004 hasta el 30 de mayo de 2012, debe señalarse que no existe en el acervo probatorio ningún contrato de la ESE CENTRO 1 con la demandante ni afiliación a cooperativa de trabajo o sindicato, por esos años.

Valga señalar que, aunque una testigo afirmó que la señora ROSA EMIR laboró para la ESE desde el año 2004, lo cierto es que la entidad fue creada con posterioridad. También tenemos que, de acuerdo con el registro de turnos aportados como prueba por la parte demandante, durante los meses de septiembre, octubre, noviembre de 2011, enero, febrero y marzo de 2012, se registran turnos de auxiliar de enfermería de "Rosa", sin que pueda evidenciarse que se trata de la hoy accionante. Asimismo, en los cuadros de turno de auxiliares de enfermería de los meses de abril y mayo de 2012, se relaciona el nombre de la señora Rosa Ordóñez, pero no se evidencia que el documento corresponda a la ESE Centro 1, toda vez que el encabezado señala: *"CUADRO DE TURNO AUXILIARES DE ENFERMERÍA ABRIL 2012 – MORALES"*.

Por lo anterior, no se probó la existencia de una relación laboral en el periodo señalado.

- De la prescripción.

Respecto de la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el Consejo de Estado ha dicho[9]:

> *"La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público." El artículo 102, prescribe:*
>
> *"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.*
> *1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
>
> *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 sólo por un lapso igual."*

Al respecto, según la sentencia de unificación del Consejo de Estado en esta materia, es necesario que la reclamación de los derechos laborales se realice dentro de un término que no supere el de prescripción trienal.

En el caso de autos, la señora Rosa Emir Ordóñez Tobar se vinculó a la ESE CENTRO 1, el 1. ° de junio de 2012 sin solución de continuidad hasta el 15 de marzo de 2013.

Comoquiera que la reclamación laboral se presentó el 15 de mayo de 2015, se hizo dentro del plazo legal. Adicionalmente, la demanda fue presentada el 23 de noviembre de 2015, por lo que no ha operado el fenómeno de prescripción y así se declarará.

3.- COSTAS DEL PROCESO.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

---

9 Sentencia de 9 de abril de 2014, M.P: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Expediente:(0131-13), Actor: ROSALBA JIMENEZ PEREZ.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandada con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se realizará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa prosperó.

Se fijarán agencias en derecho teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 10 de diciembre de 2003, ambos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP. Agencias en derecho que se fijarán en el equivalente al 0.5 % del monto reconocido como condena.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la ESE CENTRO 1, por lo expuesto.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo Oficio nro. AJ 2.2. 908 de 9 de junio de 2015, que negó a la señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR el reconocimiento de una vinculación laboral, por las razones expuestas.

TERCERO.- Declarar la existencia de un contrato realidad sin solución de continuidad entre la Señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR identificada con la cédula de ciudadanía nro. 34.607.790, por el período comprendido entre el 1. ° de junio de 2012 y el 15 de marzo de 2013.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho:

- CONDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1 a realizar el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR identificada con la cédula de ciudadanía nro. 34.607.790, tomando el valor establecido en cada uno de los contratos de prestación de servicios celebrado a través del Sindicato de Trabajadores de la Salud ASOSSUD, en el periodo 1. ° de junio de 2012 a 15 de marzo de 2013.

- CONDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO 1, a tomar el ingreso base de cotización de la señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR, dentro del periodo laborado, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por ella como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

  La señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR en el caso que existiese diferencia en su contra, frente a las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el periodo 1. ° de junio de 2012 a 15 de marzo de 2013, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora

- Al liquidar las sumas dinerarias a favor de la señora ROSA EMIR ORDÓÑEZ TOBAR, los valores serán ajustados teniendo en cuenta el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, utilizando la siguiente fórmula:

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

  Donde R (renta actual) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias adeudadas, hasta

el pago efectivo de lo adeudado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, entre el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada diferencia salarial y los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellos.

- El tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Santander de Quilichao, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: La sentencia se cumplirá en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la ESE CENTRO 1 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

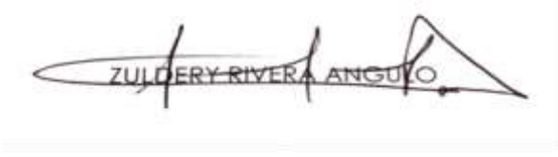
Se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente 0.5 % del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia, el que será tenido en cuenta al momento de liquidar las costas procesales.

OCTAVO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021.

NOVENO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



Firmado Por:

ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN

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:
cccb153da04232d48989e9db09f94e823e95f00d8066d1f5fc7110ca0b68f603
Documento generado en 04/06/2021 04:19:23 PM

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