Ibagué, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente:	JOSE ALETH RUIZ CASTRO
Radicación Nº	73001-33-33-008-2017-0280-01
Interno:	0638-2020
Medio de Control:	RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ADRIANA TAO OVIEDO
Demandado:	HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E DE SAN ANTONIO

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de junio de 2020, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo de esta ciudad accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Declaraciones (fls. 72-73)

"(…)

Se declare la nulidad del acto administrativo - oficio- sin número fechado el 25 de abril de 2017, mediante el cual se resuelve la petición de abril 05 de 2017 radicado el 08 de abril del mismo año, negando el reconocimiento de la relación laboral reclamada y el pago de las prestaciones sociales.

Como consecuencia de la declaración de nulidad se reconozca en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades que entre el HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E y ADRIANA TAO OVIEDO se configuró una verdadera relación laboral subordinada para el periodo comprendido entre el 17 DE JULIO DE 2007 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, se condene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E a reconocer y pagar a título indemnizatorio a favor de la señora ADRIANA TAO OVIEDO las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 17 DE JULIO DE 2007 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016 tales como auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos prestacionales de que trata el Decreto 1919 de 2002, así como los aportes al sistema de seguridad social integral a que hubiese tenido derecho.

En subsidio de la pretensión anterior, se condene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E a reconocer y pagar a título de restablecimiento del derecho a favor de la señora ADRIANA TAO OVIEDO las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 17 DE JULIO DE 2007 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016 tales como

auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos prestacionales de que trata el Decreto 1919 de 2002, así como los aportes al sistema de seguridad social integral a que hubiese tenido derecho.

Se tenga en cuenta para todos los efectos declarativos, de indemnización y/o restablecimiento del derecho el periodo de vinculación del demandante comprendido entre el 17 DE JULIO DE 2007 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016 o el que resulte probado en el proceso.

Se condene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E como pretensión autónoma a pagar la indemnización de que trata la Ley 1071 de 2006.

Se condene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E como pretensión autónoma a pagar la sanción por no pago de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990.

Se condene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E como pretensión autónoma, a pagar a título de indemnización a favor del demandante, las sumas de dinero que debió asumir por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral durante su vinculación.

Se ordene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E efectuar la indexacíón de las prestaciones sociales, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Se ordene al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se condene en costas a la entidad demandada en los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

(…)"

2.- Fundamentos fácticos (fls. 73-76)

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizarse así:

- Manifestó que la señora ADRIANA TAO OVIEDO, prestó sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA en el HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E. DE SAN ANTONIO - TOLIMA, a través de los contratos de prestación de servicios, vinculación con cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales y sociedades comerciales, desde el 17 de julio de 2007 al 31 de diciembre de 2016.

- Señaló que la demandante, prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el HOSPITAL LA MISERICORDIA E.SE. DE SAN ANTONIO - TOLIMA, de manera directa, personal e ininterrumpida, en la institución hospitalaria, atendiendo para tal fin las instrucciones que le fueron impartidas por el personal del hospital en relación con el desarrollo de las actividades, turnos y horarios.

- Indicó que la señora Tao Oviedo, desarrolló en el HOSPITAL LA MISERICORDIA E.SE. DE SAN ANTONIO – TOLIMA, actividades como: tomar signos vitales, prestar sus servicios como auxiliar de enfermería en la institución o sus dependencias, administrar medicamentos, prestar turnos en las dependencias o áreas del hospital, realizar procedimientos de

vacunación, inyectología, nebulizaciones, toma de exámenes y muestras propios de los servicios del primer nivel.

- Aseveró que, al finalizar la relación laboral no le fueron reconocidas y liquidadas el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificaciones, primas semestrales, primas anuales, horas extras diurnas y nocturnas, recargos, dominicales y festivos, días compensatorios, vacaciones, aportes al sistema general del sistema de seguridad social y demás prestaciones sociales a las cuales tiene derecho con ocasión del desarrollo de sus actividades como auxiliar de enfermería y orientador al usuario en el área asistencial del Hospital La Misericordia de San Antonio Tolima.

- Refirió que, la señora ADRIANA TAO OVIEDO presentó el 08 de abril de 2017, reclamación administrativa con el fin de que el HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E - SAN ANTONIO reconociera la relación laboral, estructurara y liquidará y efectuara el pago de las prestaciones sociales causadas para el periodo comprendido del 17 de julio de 2007 al 31 de diciembre de 2016.

- Agregó que El HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E - SAN ANTONIO, mediante oficio sin fecha del 25 de abril de 2017, dio respuesta a la petición presentada por la demandante, negando los reconocimientos peticionados, considerando que durante la relación contractual no acaecieron los elementos propios de una relación laboral.

3.- Contestación de la demanda

3.1 HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E DE SAN ANTONIO

A través de apoderada judicial, la entidad demandada manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda, toda vez que no se encuentran estructurados los elementos de la relación laboral.

Indicó que la presunta relación laboral directa fue con las empresas de trabajo asociado, lo que demuestra que no es el hospital el único llamado a responder por las presuntas condenas infundadas que reclama la demandante.

Propuso las excepciones previas de: i) Falta de Legitimación en la causa por pasiva y, ii) Prescripción extintiva. Y la de mérito de inexistencia una relación laboral.

4.- La sentencia apelada (fls.340-351)

Lo es la proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Argumentó la juez *A quo* que, los contratos aportados, la certificación emitida por la profesional Universitaria del Hospital “La Misericordia” E.S.E de San Antonio Tolima, los cuadros de turnos del personal auxiliar de enfermería y las declaraciones de los testigos, exhiben con aptitud que los servicios fueron prestados personalmente por la señora ADRIANA TAO OVIEDO y en favor del HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E DE SAN ANTONIO, recibiendo una remuneración por tal labor, y el número de contratos suscritos también exhibe que el ánimo del Hospital era valerse de manera permanente de los servicios de aquella.

Precisó que, en la presente actuación judicial se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, porque la demandante en su condición de contratista cumplía funciones que no eran temporales, sino permanentes, dado que la vinculación se mantuvo por aproximadamente 6 años, sus funciones eran propias de un campo asistencial que no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometida a turnos y cumplimiento funciones específicas, es decir, era dependiente y sometida a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

5.- El recurso de apelación (fls.361-363)

Interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte demandada, mediante el cual solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, argumentando que la señora ADRIANA TAO OVIEDO prestó sus servicios para la E.S.E., mediante contratos de prestación de servicios, por lo que resultaba totalmente improcedente el reconocimiento y pago de alguna remuneración o indemnización como lo declaró la Juez de instancia, pues para ese reconocimiento debía existir la certeza de la relación laboral, lo cual nunca quedó demostrada, máxime cuando existieron los medios probatorios como los contratos de prestación de servicios en donde se indica que no existe relación laboral alguna, además, no se demostró la configuración de la subordinación y la remuneración.

Añadió que, la Jueza *a quo* no realizó un análisis de los documentos aportados como lo eran el Estatuto de Contratación, Manual de Funciones; y los contratos de prestación de servicios suscritos, a fin de emitir una sentencia en derecho.

III. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 16 de septiembre del 2020 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandada y, por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de que trata el numeral 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A., mediante proveído del pasado 28 de julio de 2021 se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para formular por escrito sus alegatos de fondo, oportunidad en la que el apoderado de la parte demandada indicó que las actividades contratadas con la señora Adriana Tao se encuentran intrínsecas en el sector científico-asistencial en el sistema de TRASLADO DE ATENCION BASICA, lo que significa que solo era su contratación para esta clase de actividades y por ello, la gestión o actividad que realizaba en el ejercicio de los objetos de los contratos de prestación de servicios, la realizaba en horario no contemplado por turnos y además el horario no era en horas determinadas, si no cuando se presentaba la remisión de pacientes en cumplimiento del proceso de referencia y contrarreferencia.

Aclaró que, el ente hospitalario determinaba la contratación de personal en virtud de la necesidad del servicio, pero como quiera que estos cargos no están determinados en la planta central del Hospital, se originaba la necesidad de contratar personal, para atender eventos, como es el hecho de cumplir con los señalamientos del Decreto 4747 de 2007, es decir, para la remisión de pacientes, a otros centros de mayor complejidad, y atendiendo a la facultad otorgada a los hospitales de contratar personal bajo la modalidad de contratación de servicios personales, es decir, entre la actora y el Hospital accionado existió una relación de contrato estatal, regido por el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Afirmó que en el caso *sub examine*, no existe el presupuesto o requisito de la continuada subordinación, pues como se determina en el objeto de los contratos,

gran parte de las actividades desarrolladas en el área de la salud (TAB) y las que se describen en el alcance del objeto, no se desarrollaron dentro de las instalaciones del hospital, en consecuencia, no estaba sometida a horario, su labor la desempañaba en cada oportunidad que se presentaba la remisión de un paciente a un hospital de mayor complejidad en atención médica.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante manifestó que el fallo de primera instancia fue acertado, pues, efectuado el análisis de los hechos y las pruebas allegadas, se elaboró una tesis jurídica fundamentada en un ejercicio silogístico adecuado a la realidad probatoria imperante en la relación contractual, y no puede ser otro el entendimiento cuando se trata de la ejecución de actividades de enfermería como la desarrollada por la demandante, según las pruebas allegadas al proceso, sin autonomía e independencia.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces de los arts. 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir en su orden que corresponde a los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocer de las apelaciones contra las sentencias y autos interlocutorios de primera instancia dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

El problema jurídico que aquí se plantea consiste en determinar si acertó el Juzgado de instancia en invalidar el acto administrativo que negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales derivadas del mismo reclamadas por la señora ADRIANA TAO OVIEDO al HOSPITAL LA MISERICORDIA E.S.E DE SAN ANTONIO, o si, por el contrario, el acto administrativo que desestimó la relación de hecho de carácter laboral invocada por la accionante se encuentra ajustado al ordenamiento legal.

3. Tesis de las Partes.

3.1. Tesis de la parte demandante.

Señala el apoderado judicial del actor, que a su representada le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, sociales y salariales propias de un empleado público, pues la prestación de sus servicios en la entidad demandada estuvo enmarcada bajo la dependencia, subordinación, y retribución salarial.

4.2. Tesis de la parte demandada

Precisó que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, como quiera que los servicios prestados por la demandante se brindaron directamente por medio de cooperativas de trabajo asociado, razón por la cual no es procedente efectuar un reconocimiento y pago de las prestaciones sociales como cesantías, primas y vacaciones por parte de la institución, deprecadas por la actora al no

existir una vinculación formal, legal ni reglamentaria de la cual se derive la existencia de una relación laboral.

4.3 Tesis de la Juez *a quo*

El Juzgado consideró que se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, porque la demandante, en su condición de contratista, cumplía funciones que no eran temporales, sino permanentes, dado que la vinculación sé mantuvo por aproximadamente 6 años, sus funciones eran propias de un campo asistencial que no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometida a turnos y cumplimiento funciones específicas, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

5. Tesis de la Sala.

La Sala considera acertada la decisión impugnada en cuanto accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, toda vez que, la parte demandante logró demostrar los presupuestos inherentes al contrato realidad. En ese sentido, se confirmará la decisión del a quo.

6. Marco legal y jurisprudencial

El efecto normativo y garantizador del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, contenido en el artículo 53 de la Carta Política, está dirigido a proteger los derechos de primera y segunda generación, es decir, el derecho al trabajo y garantías laborales, indistintamente del sujetos (llámese Estado y/o particular) y vínculo contractual en sentido formal, toda vez que su función va dirigida a hacer valer la relación laboral sobre sobre cualquier otra figura en la que se enrostra. Punto de partida inherente al pensamiento unificador de nuestros órganos de cierre constitucional y jurisdiccional en sus diferentes providencias.

El tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye -en cuanto a su configuración-, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, ***i***) la prestación personal del servicio (de manera permanente), ***ii***) **la continuada dependencia y subordinación** y ***iii***) una remuneración en contraprestación por la labor realizada, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público.[1]

Al tenor, el Decreto 2400 de 1968, régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, en la parte final del artículo 2º dice que *"para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes,* ***y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones****."*

Tal Decreto fue modificado y adicionado, mediante el artículo 7° del Decreto 1950 de 1973, y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, que expresaron:

> *"Artículo 7º. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el*

[1] CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"-Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN-Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014).-Radicación: 08001233100019990037901 (156213)-Actor: TRINIDAD DE LA CRUZ CAMARGO FONTALVO-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE – CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO

> *desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*
>
> *La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad*".

Y el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008:

> *"Articulo1o. Modificase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:*
>
> *El artículo 2º quedará así:*
>
> *(…)*
>
> ***Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones**"*

En sentencia de fecha 5 de junio de 2014, el Honorable Consejo de Estado, a través de un esfuerzo interpretativo, recurrió a los criterios consignados por la Corte Constitucional (funcional, igualdad, temporal, excepcional, continuidad), para así establecer una metodología más abierta, a la hora de valorar las diferentes prerrogativas que puedan estar ínsitas en la problemática abordada, resaltándose la conceptualización de la "**permanencia**", como un factor determinante a la hora de elucubrar el principio de la realidad sobre las formalidades, por lo que en dicha providencia y a través del juicio de constitucionalidad del inciso final el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el aparte del artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, nuestro órgano de cierre acude a la sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la que -entre otras cosas- decantó algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, **subordinación** y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Tales criterios son:

I. *Criterio funcional: esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.*

II. *Criterio de igualdad: si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.*

III. *Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral.*

IV. *Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se*

requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.

V. Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, expreso:

"En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de ***"., todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas … legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo"****. (…)*

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y ***por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad,*** *cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica* ***"desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales."*** (Resalta la Sala).

Ahora bien sobre este aspecto, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en fallo del día 16 de febrero de 2012, expediente con radicación interna 1187-11. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, manifestó:

"La Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan

ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos." (…)

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, 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. En este mismo sentido, no existe duda sobre la prestación personal del servicio del demandante como Auxiliar de la Secretaría de Obras Públicas, con funciones de conductor, en el Municipio de Yaguará, Huila, teniendo en cuenta que así lo acepta el referido municipio, en la contestación de la demanda. El recuento normativo y probatorio, antes expuesto, permite afirmar a la Sala que la situación del actor se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios, lo anterior en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre la formas, artículo 53 de la Constitución Política, según el cual cuando existe un contrato de prestación u órdenes de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública, como en el caso en estudio, y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere las prerrogativas de orden salarial y prestacional."*

Igualmente, a través de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial CESUJ2 No. 5 de 2016, el Consejo de Estado Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Expediente 23001233300020130026001 (00882015) jurisprudencial, hizo las siguientes precisiones:

"De lo anterior se colige que ***el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral***, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, ***el denominado "contrató realidad" aplica· cuando· se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos***, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

> De igual manera, en reciente decisión la subsección "B" de esta Sección Segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) 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; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios.
>
> Relaciones que pueden derivarse de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado. Prevalencia del principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales.

6.1 Relaciones que pueden derivarse de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado. Prevalencia del principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales.

La Ley 79 de 1988 "P*or la cual se actualiza la legislación cooperativa*", define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios.

Ahora bien, al analizar una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, la Corte resaltó entre las características relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la fuerza de trabajo que aportan los asociados y la solidaridad en la compensación; respecto a este último punto la providencia en mención sostuvo que "t*odos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa*".

En estos términos y acorde con lo señalado en la Ley 79 de 1988 y en la sentencia C-211 de 2000, que determinó la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, para la Sala Plena de la Corte Constitucional es claro que, dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula en principio por el Código Sustantivo de Trabajo.

No obstante, lo anterior cabe aclarar que la **vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para 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.**

Esta tesis encuentra sustento en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Igualmente, la Corte ha señalado que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el *"vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto".*

No obstante, lo manifestado, hay que aclarar que la facultad para contratar estas con terceros no es absoluta. Ciertamente por expreso mandato legal, las cooperativas y precooperativas no podrán actuar como intermediarios laborales o empresas de servicios temporales. Sobre el particular, el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, dispone lo siguiente:

> *"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."*

Conforme con el texto del artículo citado, resulta claro que el incumplimiento de tal prohibición desdibuja la esencia del trabajo cooperativo y, en consecuencia, el asociado que sea enviado por su organización solidaria a prestar sus servicios bajo estas condiciones, será considerado trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

7. Del caso *sub – examine*

Para determinar la viabilidad de las pretensiones de la demanda, es necesario establecer la clase de vínculo con la entidad demandada, razón por la cual se examinarán las pruebas allegadas al expediente, no, sin antes advertir que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, ***i***) la prestación personal del servicio (de manera permanente), ***ii***) la remuneración respectiva y especialmente ***iii***) la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

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 suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente 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 en éste caso.

7.1 El caso concreto

7.1.1 De lo probado en el proceso

A) Prueba Documental:

Con relación a los contratos de prestación de servicios suscritos, la duración de los mismos, la actividad desempeñada y los pagos correspondientes, se advierten los siguientes aspectos:

- Certificación de fecha 2 de septiembre de 2008, expedida por el gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOTSERVISÜR LTDA., que indica que la señora ADRIANA TAO OVIEDO, laboró como trabajadora asociada de esta cooperativa dentro del convenio laboral con el Hospital la Misericordia en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 01 de mayo de 2008 al 31 de agosto de 2008.[2]

- Constancia de fecha 14 de diciembre de 2016, expedida por la profesional universitaria de la entidad HOSPITAL LA MISERICORDIA ESE DE SAN ANTONIO, que señala que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con el Hospital la Misericordia E.S.E.[3]

- Aviso de terminación del contrato de trabajo de fecha 28 de agosto de 2014, realizado por la empresa MEDICORP SAS a la señora ADRIANA TAO OVIEDO, en calidad de trabajadora de esa empresa desempeñando el cargo auxiliar de enfermería.[4]

- Aviso de terminación del contrato de trabajo de fecha 28 de julio de 2014, realizado por la empresa TEMPOINTEGRALES LTDA a la señora ADRIANA TAO OVIEDO, en calidad de trabajadora de esa empresa desempeñando el cargo auxiliar de enfermería.[5]

- Oficio del 25 de abril de 2017, suscrito por la Gerente del HOSPITAL LA MISERICORDIA ESE DE SAN ANTONIO, que señala que nunca existió una relación de índole laboral entre la señora ADRIANA TAO OVIEDO y la ESE por lo que no se accedía a las peticiones esbozadas en el escrito del 8 abril del mismo año, frente al reconocimiento de prestaciones sociales.[6]

- Copia de las actas de inicio y terminación de los contratos de prestación de servicios No 181 del año 2011 , No 176 del 2015, No 148 del 01 de diciembre de 2011, No 138 del 01 de junio de 2012, No 118 de 2015, No 102 del 02 de mayo de 2012, No 095 del 01 de diciembre de 2010, No 082 del 01 de noviembre de 2010, No 080 del 01 de mayo de 2011, No 076 del 01 de marzo de 2012, No 070 del 31 de octubre de 2010, No 068 de 2015, No 050 de 2013, No 043 del 01 de septiembre de 2010, No 002 del 01 de enero de 2013, No 002 del 03 de enero de 2012.[7]

7.1.2 Prueba testimonial

- **VIRGELINA CAPERA ROJAS**

[2] Ver fol. 21
[3] Ver fols 22 a 26
[4] Ver fol. 27
[5] Ver fol. 28
[6] Ver fol. 26

[7] Ver fls 199-202, 205-216,218-22,228-229.232-233,234-235, 239-240,243-247,250-251,252-253,258-259,264-265,275-277,280-281,285-289.

Manifestó que conoció a la demandante cuando esta entró a laborar en el Hospital la Misericordia de San Antonio, en el año 2006 como auxiliar de traslado asistencial básico, luego hacía las remisiones y turnos en urgencias, después la pasaron para laboratorio con disponibilidad de 24 horas para realizar turnos.

Precisó que la demandante tenía disponibilidad de 24 horas, y algunas veces coincidía con ella a la madrugada. Respecto de los turnos manifestó que el jefe de enfermería Gustavo era el encargado de colocar el cuadro de turnos. En cuanto a los permisos, señaló que le solicitaban a otra persona para que cubriera el turno cuando necesitaban cumplir una cita médica, porque los permisos en su mayoría los negaban.

Agregó que, en el hospital había dos personas más que hacían los traslados asistenciales básicos, una de ellas Diana Salcedo, quien desarrollaba las mismas funciones que Adriana Tao. Indicó que la señora Tao, asistía a las reuniones que programaba la administración todos los jueves, a las que debían asistir los funcionarios del hospital.

- **EDNA ROCIO OVIEDO**

Indicó que, trabajó en el Hospital de San Antonio desde el 2010 hasta el 2016. Precisó que, cuando ingresó a laborar, la señora Adriana ya trabajaba en el Hospital, desempeñando las funciones de auxiliar de enfermería en el área traslado asistencial básico, luego laboratorio y urgencias. Señaló que el Jefe Gustavo Suarez, era la persona encargada de dar las órdenes y de asignar las labores, así como realizar el cuadro de turnos.

En cuanto a la remuneración, relató que debían presentar un informe mensual a la administradora del Hospital, sobre las horas laboradas y el cargo asignado, y luego le consignaban el sueldo en la cuenta.

Añadió que, a la señora Adriana el Jefe Gustavo la obligada a asistir a las reuniones realizadas en el hospital.

- **DISNEY PINEDA.**

Manifestó que, laboró en el Hospital de San Antonio desde el 2012 hasta el 2016, y conoció a la señora Adriana cuando empezó a trabajar, en ese momento la señora Adriana se desempeñaba como auxiliar de enfermería en el área de urgencias, hospitalización y sala de partos, labor que realizaba los sábados, domingos y lunes en las noches, porque los martes a sábado cumplía horarios de 8: 00 am a 12:00 y de 2:00 pm a 6:00 pm., en el laboratorio.

En cuanto al cuadro de turnos, expresó que estos eran elaborados por el jefe de enfermería, el señor Gustavo Suarez, sin consultarles previamente. Asimismo, indicó que, si necesitaban ausentarse del hospital, debían pedir permiso al jefe Gustavo de forma escrita y después debían reponer con otro turno el tiempo, pero en su mayoría los permisos eran negados por falta de personal.

Agregó que debían asistir a las reuniones los jueves, y el jefe Gustavo y la administradora les exigía ir a las mimas.

7.1.2 Análisis sustancial

Para determinar la viabilidad de las pretensiones de la demanda es necesario establecer la clase de vínculo habido entre el accionante con la entidad

demandada, razón por la cual se examinarán las pruebas allegadas al expediente, no sin antes advertir que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

En cuanto a la prestación del servicio y la remuneración se advierte, conforme a la prueba documental obrante en el cartulario, que el demandante estuvo vinculado con el Hospital la Misericordia E.S.E, así:

CONTRATO No.	***OBJETO***	***FECHA DE INICIO***	***FECHA FINAL***	***REMUNERACION***
043	*Desarrollo de actividades de auxiliar en el área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada*	*01-09-2010*	*30-09-2010*	*$607.500*
070	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada*	*01-10-2010*	*31-10-2010*	*$ 337.500*
082	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada*	*01-11-2010*	*31-11-2010*	*$ 202.500*
095	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada*	*01-12-2010*	*31-12-2010*	*$282.500*
080	*Desarrollo de actividades de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada.*	*01-05-2011*	*31-05-2011*	*$427.500,00*
148	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades, de la institución y hoja de vida presentada.*	*01-12-2011*	*31-12-2011*	*$1.044.000,00*
02	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada.*	*03-01-2012*	*02-03-2012*	*$2.088.000,00*
76	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a las necesidades de la institución y hoja de vida presentada.*	*01-03-2012*	*30-04-2012*	*$2.088.000*
102	*Desarrollo de actividades de auxiliar área de la salud (enfermería) conforme a 'as necesidades de la institución^ y hoja de vida presentada. ,*	*02-05-2012*	*31-05-2012*	*$1.043.000,00*
138	*Suministrar al hospital sus servidos técnicos como auxiliar área de la salud (enfermería)*	*01-06-2012*	*31-08-2012*	*$3.129.000,00*
207	*Suministrar al hospital sus servicios técnicos como auxiliar área de la salud (enfermería)*	*01-09-2012*	*31-10-2012*	*$2.100.000,00*
253	*Suministrar al hospital sus servicios técnicos como auxiliar área de la salud (enfermería)*	*01-11-2012*	*31-12-2012*	*$2.100.000,00*
002	*Suministrar al hospital sus servicios técnicos como auxiliar área de la salud (enfermería) realizando turnos en el servido de urgencias y apoyo como auxiliar en el laboratorio clínico.* ■	*< : 01-01-2013*	*31-03-2013*	*$3.150.000,00*
050	*Suministrar al hospital sus servicios técnicos como auxiliar área de la salud (enfermería) realizando turnos en el servicio de urgencias y apoyo como auxiliar en el laboratorio clínico.*	*01-04-2013*	*31-05-2013*	*$2.100.000,00*

181	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de turnos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones. .*	*01-11-2014*	*30-11-2014*	*$1.100.000,00*
210	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de turnos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrar medicamentos a pacientes de urgencias. .y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones. .* ■	*01-12-2014*	*31-12-2014*	*$1.100.000,00*
014	*Realizar actividad de enfermería cuando, se requiera, realización de turnos en servicios; de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-01-2015*	*28-02-2015*	*$2.200.000,00*
068	*Realizar actividad de enfermería cuando. se requiera, realización de turnos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-03-2015*	*31-05-2015*	*$3.300.000,00*
118	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de turnos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-06-2015*	*31-10-2015*	*$ 5.500.000*
176	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de tumos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-11-2015*	*30-11-2015*	*$1.100.000*
199	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de tumos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-12-2015*	*31-12-2015*	*$1.100.000*
021	*Realizar actividad de enfermería cuando se requiera, realización de tumos en servicios de urgencias, toma de signos vitales, administrara medicamentos a pacientes de urgencias y hospitalización, realizar electrocardiogramas, monitorias fetales nebulizaciones.*	*01-01-2016*	*31-12-2016*	*$ 13.200.000*

Ahora bien, advierte la Sala que a folio 21 obra certificación expedida por COOTSERVISUR LTDA., de fecha 2 de septiembre de 2008, en la que indica que la señora ADRIANA TAO OVIEDO estuvo vinculada como trabajadora asociada dentro del convenio laboral con el Hospital La Misericordia de San Antonio del 1o de mayo al 31 de agosto de 2008; asimismo, obra el aviso de terminación de los contratos de trabajo celebrados por la demandante con las empresas MEDICORP SAS (fl. 27) y TEM POINTEGRALES LTDA (fl.28) durante los meses de julio y agosto de 2014. No obstante, tal documentación no es suficiente para dar certeza de la intermediación laboral y de los términos en que la cooperativa y el beneficiario pactaron el servicio misional, razón por la cual solo se tendrán en cuenta los periodos señalados en el anterior recuadro.

En relación al elemento subordinación, procederá la Sala a establecer si en el presente caso puede evidenciarse la presencia de la subordinación laboral de la señora ADRIANA TAO con la entidad accionada para la cual prestaba sus servicios.

Tal como se indicó en párrafos precedentes, el pasado 27 de noviembre de 2019 se recepcionaron las declaraciones de las testigos VIRGELMA CAPERA ROJAS, EDNA ROCIO PEREZ OVIEDO y DISNEY PINEDA, en su condición de compañeras de labores de la señora ADRIANA TAO, quienes prestaron sus servicios para la entidad demandada, declaraciones estas que fueron espontaneas, desprevenidas, vertidas de claridad y precisión, sin que se denoten en su contenido rasgos amañados en su versión; por el contrario, se observa que dichas declaraciones se rindieron con plena espontaneidad, y en ellas se señala con precisión absoluta que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería del Hospital la Misericordia, que cumplía un horario de trabajo al igual que los demás funcionarios del área de la salud del hospital, y que para ausentarse de su lugar de trabajo debía informarlo y obtener la venia del jefe de enfermería o bien a la administradora, y finalmente que cumplía un cuadro de turnos que era elaborado por el jefe de enfermeros del hospital demandado.

Si bien no es muy copioso el material probatorio allegado al expediente, la Sala puede determinar con precisión absoluta que la señora ADRIANA TAO OVIEDO cumplió una labor misional de carácter permanente en calidad de auxiliar de enfermería del Hospital la Misericordia E.S.E de San Antonio, con clara subordinación, de acuerdo a los órdenes impartidas por el Jefe de Enfermería de la referida institución hospitaaria, pues no obra prueba alguna que permita inferir que este hubiera impartido directrices, orientaciones, sugerencias o instrucciones para el buen cumplimiento de su contrato, por el contrario, se itera, la determinación de un horario de trabajo, denota evidentemente esos rasgos característicos de subordinación y dependencia, propios del contrato laboral, en donde por naturaleza, el elemento subordinación impide la autonomía o independencia propias del contrato de prestación de servicios.

Sin duda, y así lo indican las reglas de la experiencia, que al no contar el Hospital accionado con servidores públicos que atendieran habitualmente con el cumplimiento de esas funciones, correspondía entonces a la demandante asumir esos roles dentro de su condición de auxiliar de enfermería, cumpliendo funciones de naturaleza permanente que descartan el elemento de la temporalidad, y aunado a ello no contaba con autonomía e independencia porque estaba sometida al cumplimiento de un horario trabajo, debido a la naturaleza de sus funciones, es decir, era dependiente y sometida a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios como lo alega el ente hospitalario demandado.

Ahora bien, sobre el tema de la "subordinación", nuestro Órgano de Cierre jurisdiccional en providencia de 07 de octubre de 2010 señaló lo siguiente:

> *"Si bien es cierto que dentro del plenario no existen más pruebas documentales como testimonios, llamados de atención, memorandos, sanciones, investigaciones disciplinarias, etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes y otros elementos como la vocación de permanencia de la labor encomendada y su relación con la naturaleza y objeto de la Entidad Contratante, como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento, por lo que la Sala estudiará la relación que guarda la función desplegada con el objeto de la Entidad contratante."*
> *(…)*
>
> *No debe olvidarse que la figura del Contrato de Prestación de Servicios está prevista para los casos en los que la Entidad Pública requiere adelantar labores*

ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desnaturaliza la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

De lo anterior se concluye que una de las condiciones que permite diferenciar un Contrato laboral de un Contrato de Prestación de Servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la Entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o que requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, se está en presencia de un contrato realidad.

A juicio de la Sala, la Administración al vincular personal que desarrolló en forma permanente y continua funciones públicas, está desconociendo las formas previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al Servicio Público, las garantías laborales y derechos fundamentales de quien precariamente fue vinculado."
(…)

Así las cosas, la Sala no puede desconocer la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicio para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones, la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este". (Resalta la Sala fuera de texto).

Así las cosas, evidencia este Colectivo que la relación enmarcada a través de contratos de asociación con cooperativas de trabajo asociado y la consiguiente suscripción de contratos de prestación de servicios corresponde en realidad a una relación laboral, pues no se entendería cómo, existiendo una prestación personal del servicio, una remuneración por el mismo y una subordinación del contratista, la demandante no gozase de los derechos y prestaciones inherentes al contrato laboral.

Tal como quedó anotado en precedencia, la demandante ejerció su labor como auxiliar de enfermería del ente hospitalario demandando en virtud de los contratos de prestación de servicios y de asociación suscritos por diferentes Cooperativas de Trabajo asociado, contratos estos que, tal y como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, lo que pretenden es ocultar la relación laboral a través de la intermediación por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, siendo la entidad pública el tercero beneficiado, así lo sostuvo la Sección Segunda en sentencia del 23 de febrero de 2011, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, al señalar:

"(…) Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador - empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del

trabajador, en virtud de la solidaridad laboral. Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para "disimular" el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el "Hospital Engativá II Nivel, E.S.E" de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad (…)" (Destaca la Sala).

De otra parte y tal como se extrae de las probanzas arrimadas al encuadernamiento, la señora ADRIANA TAO, prestó sus servicios como auxiliar de enfermería del Hospital la Misericordia E.S.E de San Antonio, resultando claro para este Colectivo, que las actividades a ella encomendadas y ejecutadas en el área de salud, no corresponden a funciones de carácter transitorio u ocasional, pues estas obedecen a funciones misionales del Hospital accionado, propias e inherentes al desarrollo de la actividad desplegada por la entidad hospitalaria.

En tal sentido, resulta preciso recordar que la modalidad contractual que surge a través del contrato de prestación de servicios, se soporta para atender de manera temporal funciones ocasionales de la entidad donde se presta el servicio u aquellas de carácter permanente que no puedan ser ejecutados por funcionarios de planta o que requiere de conocimientos especializados.

Nótese, que la entidad demandada, para el ejercicio del cargo de auxiliar de enfermería al parecer no contaba con suficientes funcionarios de planta, pues las labores que debía prestar implicaban su ejercicio permanente, de donde se extrae que evidentemente la entidad demandada debía tener para dicha área personal de planta y así poder satisfacer las funciones propias y permanentes en el área de salud, pues de lo contrario, como ya se anotó, al vincular personal a través de contratos de prestación de servicios para atender las funciones derivadas de una auxiliar de enfermería estaría trasgrediendo lo dispuesto en artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, el cual prohíbe expresamente la celebración de contratos de prestación de servicios para ejecutar el desarrollo de funciones públicas de carácter permanente.

En este orden de ideas resulta innegable, que la accionante desarrolló sus funciones como auxiliar de enfermería bajo aparentes contratos de prestación de servicios, cuando en realidad ejerció actos propios de una relación de índole laboral.

Huelga destacar que, en tratándose de personal paramédico y de profesionales de la medicina requeridos para la prestación del servicio de salud, el H. Consejo de Estado ha precisado que si bien de acuerdo con la ley de contratación y debido a las especiales condiciones en las que aquellos ejercen, es posible que su vinculación se haga a través de contratos de prestación de servicios, 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, ha manifestado la alta Corporación:[8]

"(…) 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

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" Consejero Ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011) Expediente Número:0056-10

> *de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos – en tratándose 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 límine 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.*** (Resalta la Sala).

En conclusión, la prestación del servicio ejecutada con autonomía e independencia no se hizo visible en el *sub examine*, toda vez que, para la ejecución de la labor de auxiliar de enfermería de la accionante utilizó los elementos que le brindó la institución hospitalaria, cumplió con un horario de trabajo, prestando así la labor de manera permanente y siguiendo precisas instrucciones de sus superiores, por lo que resulta notorio que la parte actora logró desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios.

Se debe destacar que, entre las notas características del contrato de prestación de servicios, se encuentran la temporalidad, la autonomía e independencia del contratista y el carácter de excepcional de dicha posibilidad de contratación, elementos éstos que no se aprecian en la labor de auxiliar de enfermería desarrollada por la hoy demandante, pues, se repite, las actividades desempañadas permiten inferir que la accionante debía estar presta cuando se requiriera, lo que *per se* envuelve el carácter permanente y subordinado de la actividad contratada.

En cuanto a los dos elementos restantes de la relación de trabajo, a saber, prestación personal del servicio y remuneración, la Sala reitera que tales extremos también se encuentran probados, pues ello se deriva de los contratos acompañados con la demanda, en los que se fijó una contraprestación económica en dinero en efectivo por los servicios de la actora y de los cuales puede inferirse con claridad que la prestación del mismo fue de carácter personal.

Ahora bien, la circunstancia de que consciente y libremente, el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron impuestas en el contrato de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que en abstracto se ha planteado, pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales mínimos que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución Política. La misma norma de la Carta Fundamental previó, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar en el *sub examen* la existencia

de una relación laboral, por concurrir en él los elementos requeridos: la prestación personal, la subordinación y la remuneración.

Conforme las razones expuestas en precedencia, la Sala confirmará la sentencia impugnada, a través de la cual se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

9. Prescripción

Sobre el tema de la prescripción, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 estableció que las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, agregando que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Según la documental allegada al expediente, se tiene que la señora ADRIANA TAO OVIEDO estuvo vinculada al Hospital la Misericordia E.S.E de San Antonio como auxiliar de enfermería, a través de contrato de prestación de servicios que se extendió desde el **1º de setiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010; del 1º de mayo de 2011 al 31 de mayo de 2011; 1º de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2011; del 3 de enero de 2012 al 31 de mayo de 2013; 1º de noviembre de 2014 al 31 de diciembre de 2016.**

Por lo cual se concluye que para la fecha en que se efectuó la reclamación para reconocimiento y pago de prestaciones sociales (8 de abril de 2017) había operado el hecho extintivo de la prescripción frente al servicio prestado entre el 1º de setiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010; del 1º de mayo de 2011 al 31 de mayo de 2011; 1º de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2011; del 3 de enero de 2012 al 31 de mayo de 2013, obviamente no se incluye en esta prescripción parcial lo concerniente a los aportes a pensión en favor del demandante, por tratarse de una prestación imprescriptible.

10. conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que las pretensiones de la demanda deben despacharse favorablemente de manera parcial, toda vez que la parte demandante logró demostrar los elementos del contrato realidad. En ese sentido, se confirmará la decisión del *a quo.*

11. La condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, previendo de forma especial en el numeral 3º: "*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda instancia*".

Por consiguiente, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, en tanto se confirmó el fallo objeto de censura, esto siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, evento en el cual se ordena incluir en la liquidación el equivalente a quince (15) salarios mínimos diarios legales vigentes, como agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo Nº 10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que por Secretaría del Juzgado de origen se efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en esta providencia.

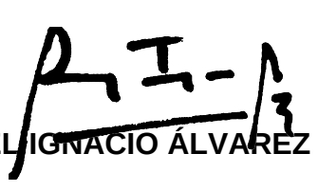
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte recurrente, conforme lo dispone el artículo 188 del C.P.A.C.A. Tásense por Secretaría del Juzgado de origen.

En firme esta decisión, devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **8883991b3a4d6128df546630b9d3993debfffb95bcc7355a338f639e5ce2f0aa**
Documento generado en 19/11/2021 10:13:09 AM

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