REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Salvamento de voto del Magistrado
JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, ocho (8) de enero de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN: **73001-33-33-753–2015–00213-01**
INTERNO: **0622/2020**
MEDIO DE CONTROL: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
DEMANDANTE: **José Noel Mendoza Leiva**
APODERADO: **Helmer Fernando Bonilla Barragán**
DEMANDADO: **Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué y otros**
APODERADA: **Pola Andrea Márquez Torres**

Con arreglo al proyecto derrotado por la Mayoría de la Sala; salvo el voto pues considero que debimos acceder al derecho impetrado.

Con profundo respeto por las Mayorías, Salvo el Voto en la decisión por los siguientes aspectos a saber **i.** la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por **José Noel Mendoza Leiva** en contra del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, debe ser revocada, y en su lugar **ii.** declarar la nulidad del acto administrativo No. GR-0250 del 28 de abril de 2015, **iii**. Declarar la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre el señor José Noel Mendoza Leiva y el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. **iv.** a título de restablecimiento del derecho, Condenar a la ESE Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué (Tolima) a reconocer y pagar al actor las diferencias que resulten por conceptos de prestaciones sociales correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, **v.** ordenar al Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. de Ibagué, calcular el ingreso base de cotización pensional de los honorarios pactados en los contratos de intermediación laboral y los de prestación de servicios del actor, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar.

Se trata entonces de establecer en el fondo del asunto y de conformidad con la apelación interpuesta contra la sentencia de instancia, sobre la legalidad del acto administrativo contenido en el **acto administrativo No. GR-0250 del 28 de abril de 2015**, que niega la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter laboral, desde el 1° de septiembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012, expedido por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué.

En consecuencia, la controversia planteada radica en determinar **i)** si yerra el Juez *a quo* en determinar que no se acreditó la desnaturalización de la vinculación como técnico administrativo en el área financiera, en las Instalaciones de la entidad,

pactada entre el **Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué** y el señor **José Noel Mendoza Leiva**, como paso previo para resolver el tema prestacional, y **ii)** si el vínculo entre el señor **José Noel Mendoza Leiva** y el **Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué**, constituye una realidad laboral diferente a la prestación de servicios, en el período del **1° de septiembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012**, y por ello, da origen al pago de las prestaciones sociales insolutas.

De la nulidad y restablecimiento del derecho
El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecuencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **José Noel Mendoza** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de cuestionar el Oficio GR-0250 del 28 de abril de 2015, expedido por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, mediante el cual se le negó el pago de sus acreencias laborares, del 1° de septiembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y la Sala es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado[1] ha advertido al respecto:
"*Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce*[2]*, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley*[3]*, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal*[4]*, y, que excepto las supremas autoridades*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones, Referencia: Contractual.

[2] GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo", 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

[3] Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

[4] Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda,

administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción[5].

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral[6]*, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.*

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: ***a)*** *El objeto (una decisión);* ***b)*** *la competencia (facultad o capacidad para producir el acto);* ***c)*** *los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión);* ***d)*** *las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y* ***e)*** *la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.*". El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Del principio de primacía de la realidad sobre las formas

La Constitución Política de 1991, en su artículo 53 consagra el principio de la «*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*», como una garantía de los trabajadores a que se reconozca su relación laboral más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La referida norma es del siguiente tenor:

> *"Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho****; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales****; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los*

---

la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

[5] Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

[6] Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad "unilateral" de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores". Negrilla y subrayado fuera de texto.

Por lo anterior, se advierte que la finalidad es la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores. En consecuencia, toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, aquellas donde el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista.

A su turno, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos: **i)** La actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada subordinación o dependencia «del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País»; y **iii)** un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

Por otra parte, el Consejo de Estado[7] desarrolló los elementos de la relación laboral así: **(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 otras palabras, el denominado «contrato 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.

En conclusión, 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

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 4 de febrero de 2016, Radicación: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), Actor: Magda Viviana Garrido Pinzón, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo. Por otra parte, 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 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, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador -que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato- y una retribución del servicio.

Es por ello, que de desfigurarse el contrato de prestación de servicios, cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, 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.

El Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato de Apoyo a la Gestión

En el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indica los elementos de los que se debe disponer para que se configure un contrato de prestación de servicios, así, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: **i.** no puedan realizarse con el personal de planta o se **ii.** requieran de conocimientos especializados.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron que "*solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar*".

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito 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 no 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.

Cabe indicar que, la exigencia de que el contrato estatal de prestación de servicios solo pueda celebrarse cuando la entidad no posea el personal de planta o se requieran conocimientos especializados, ha sido precisada por las posteriores

reformas legales al estatuto de contratación pública, particularmente las introducidas por la Ley 1150 de 2007 (artículo 2 – numeral 4 – literal h[8].), norma que subdividió el género "*contrato de prestación de servicios*" en dos especies: de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. La Sala Plena de la Sección[9], en sentencia de unificación, precisó las diferencias entre una y otra categoría, así:

> **(…) El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.**
> **…** *En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de "**prestación de servicios profesionales" todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados**, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas **catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales**. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectivo cualificado.*
>
> *Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales.*
>
> **El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.**
> *(…)Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de **"apoyo a la gestión" todos aquellos otros contratos de "prestación de servicios" que,** compartiendo la misma conceptualización anterior, **esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.***
>
> *Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por*

---

[8] Ley 1150 DE 2007: ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:
(…)
4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos.
(…)
h) **Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión**, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales
(…)"

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 2 de diciembre de 2013, Radicación número 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719), Actor: Juan Carlos Castaño Posada, Demandado: Presidencia de la República y otros.

no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc, según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para éstos de simple "apoyo a la gestión".

De esta forma el concepto de "apoyo a la gestión" entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993."

De lo anterior se colige que, en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectivo, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto "de simple apoyo a la gestión"; unas con acento intelectivo y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

En lo relativo a las Cooperativas de Trabajo Asociado.

También ha dicho el Consejo de Estado respecto de los contratos que se celebran con las Cooperativas de Trabajo Asociado[10]:

> ***2.2. Marco normativo y jurisprudencial de las Cooperativas de Trabajo Asociado***
>
> *Encuentran su regulación legal en el artículo 70 de la Ley 79 de 23 de diciembre de 1988 "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa", que las define así: "Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios."*
>
> *Ha sido por demás reiterativa la postura de esta Sección en afirmar, que les está prohibido a estas cooperativas de trabajo asociado actuar como empresas de intermediación laboral[11]:*

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 8 de julio de 2021, radicación: 50001-23-33-000-2013-00141-01 (1158-2016), actor: Sonia Yolima García Banguera, demandado: E.S.E. del municipio de Villavicencio, acción: nulidad y restablecimiento de derecho - CPACA, Tema: contrato realidad profesional de la medicina.

[11] Sentencia del 12 de diciembre de 2017 radicación número 76001-23-31-000-2011-00824-01 M.P. Sandra Lisett Ibarra

"En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados y, por ello, la normativa consagró la prohibición de que actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios"

Por su parte, la Sub sección A de esta Sección, señaló el siguiente derrotero[12]*:*

"De la cita anterior se colige que la finalidad, estructura y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y por consiguiente, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos laborales constitucionalmente protegidos. Es decir, que el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para eludir las obligaciones de carácter laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, so pena de comprometer su responsabilidad ante las autoridades correspondientes.

Luego entonces, en los eventos en que el asociado sea vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa, así como del tercero, y pretenda que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se reconozca la existencia de una relación laboral, deberá acreditar que se han consolidado los elementos propios de la misma, a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación. "subrayas fuera de texto)

En el caso sometido a consideración de la Sala de Decisión, encontramos que el señor José Noel Mendoza Leiva pretende la nulidad del **acto administrativo No. GR-0250 del 28 de abril de 2015**, que niega la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter laboral, desde el 1° de septiembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012, expedido por el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué. Asimismo, a título de restablecimiento del derecho, pretende se condene a la entidad demandada a liquidar y pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones que por ley le corresponden, y se condene al reconocimiento de acreencias laborales como, Cesantías durante todo el vínculo, Prima de Navidad, Intereses de cesantías, Bonificación por servicios, Vacaciones, Prima de vacaciones, Indemnización moratoria por no consignación de cesantías en fondo de cesantías, Indexación o corrección monetaria.

Posteriormente, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante Sentencia de fecha 13 de mayo de 2020 (fls. 276 a 284 documento 003_ *CUADERNO PRINCIPAL*, expediente digital), denegó las súplicas de la demanda, por cuanto si bien el actor recibía instrucciones y directrices de los jefes de los departamentos del Hospital, no se acreditó su lugar cronológico, así como las circunstancias que rodearon la ejecución de esas órdenes.

Señaló que la testigo arrimada al proceso, Linda Yamile Rodríguez A. fue poco precisa y no ofreció datos sobre sus manifestaciones. Además, que refirió que el actor prestó de manera personal sus servicios, lo que no basta para dar por probada la sumisión y dependencia exigidas para que medie un contrato laboral.

Determinó que a partir de la prueba obrante en el expediente no se puede esclarecer la relación de subordinación, puesto que no hay prueba acerca de las instrucciones

[12] Sentencia del 5 de noviembre de 2020 radicación: 76001-23-31-000-2011-01043-01 (1688-18) M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

y directrices que recibía el actor de los jefes de los departamentos del hospital y la declarante no fue precisa suministrando datos que soportaran sus manifestaciones ya que no laboraron en la misma dependencia durante todo el tiempo.

Se encuentra demostrado con la copia de las certificaciones expedidas por las diversas cooperativas a través de las cuales el actor pudo trabajar para el Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué y el testimonio recibido, la existencia de los siguientes elementos de la relación laboral, por un lado, **i.** la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado para prestar el servicio al Hospital Federico Lleras Acosta en el área financiera, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro lado, **ii.** la remuneración por el trabajo cumplido, tanto en las Cooperativas como en el contrato de prestación de servicios No. 1235 del 30 de septiembre de 2011, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario).

Según las certificaciones el actor laboró a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, a través de contratos suscritos con la E.S.E. y a través de contrato de trabajo, de la siguiente manera:

Contrato Asociativo y/o contrato de prestación de servicios	**Desde**	**Hasta**
COOSERTEP C.T.A. (Fl. 10)	1-sep-2006	15-mar-2008
SURGIMOS (Fl. 11)	15-mar-2008	28-feb-2009
SEFIRA (Fl. 12)	1-mar-2009	31-mar-2011
PROMEDIS (Fl. 14)	1-mar-2011	30-sep-2011
Contrato Prestación Servicios Mínima Cuantía	1-oct-2011	31-dic-2011
Contrato individual de trabajo a término inferior a 1 año FLÓREZ & PÉREZ CONSULTORES PROFESIONALES S.A.S.	1-ene-2012	28-feb-2012

Luego de analizado la prueba aportada al proceso la Sala observa que hubo una amañada utilización de la contratación, puesto que en realidad lo que ocurrió entre las partes involucradas fue una verdadera relación laboral.

Respecto del desarrollo de relaciones de labor dependiente por parte de un cooperado para un tercero, ha dicho el Consejo de Estado[13]:

> *"Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el propósito de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación y (iii) contraprestación por la función desarrollada.*
> *(…)*
> *En ese sentido, carece de asidero jurídico la afirmación de la apelante consistente en que la prestación del servicio se desarrolló en virtud del acuerdo asociativo, toda vez que se probó la existencia de la relación laboral entre el accionante y la ESE demandada y, por ende, se desnaturalizó aquel acuerdo, incluso al punto que, tal como lo reconoció en su alzada, en las instalaciones de la entidad de salud habían coordinadores médicos de la cooperativa con el propósito de hacer cumplir las previsiones que la institución imponía, tales como el cumplimiento de los turnos asignados en igualdad de condiciones a los empleados de planta,*

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 10 septiembre 2020, Radicación: 73001-23-33-000-2013-00194-01 (1011-2017) M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Dte. José Tulio Mora Piraquive, Demandadas: Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué (Tolima) y Cooperativa de Trabajo Asociado Promedis Ltda. Tema: Contrato realidad.

contratistas y vinculados por cooperativa de trabajo asociado, con lo que queda demostrado que la cooperativa fue anuente con la manera como se desarrollaba el contrato de prestación de servicios suscrito con la ESE, sin desplegar actuaciones que detuvieran la ejecución de una relación de subordinación y dependencia." (subrayas fuera de texto)

También en la mencionada sentencia señaló:

> ***3.3.2 Cooperativas de trabajo asociado.*** *La Ley 79 de 1988, «Por la cual se actualiza la legislación cooperativa», en su artículo 80, preceptúa que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos, según el artículo 5 del Decreto 4588 de 2006, «Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado», se debe precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales sobre la materia.*
>
> *Este mismo Decreto, en sus artículos 16 y 17, establece la prohibición, por una parte, de que el asociado que sea enviado por la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo; y, por la otra, que no podrán actuar como empresas de intermediación laboral ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a un usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores de estos, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes, y en tal caso, sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

Entonces, según lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 4588 de 2006, compilado en el 2.2.8.1.5 del Decreto 1072 de 2015, el objeto social de las cooperativas de trabajado asociado es "*el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia*". Además, las normas que regulan la materia y la jurisprudencia han sido enfáticas en las prohibiciones de:

i. enviar a un asociado a que preste servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo, y
ii. Servir como empresas de intermediación laboral o disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra temporal, enviarlos como trabajadores en misión o permitir que se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes.

En el presente asunto, las cooperativas COOSERTEP C.T.A., SURGIMOS, SEFIRA y PROMEDIS desatendieron tales prohibiciones, en la medida en que, tal como se probó en primera instancia, (i) envió al demandante, en su calidad de asociado, a que prestara sus servicios como médico general en las instalaciones de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué (Tolima), con la que había suscrito el contrato de prestación de servicios No. 1235 del 30 de septiembre de 2011 que tiene que ver con su finalidad, la cual es la prestación del servicio de salud; y (ii) permitió que entre el actor y la referida

ESE se generara una relación de subordinación y dependencia, de lo que surgió un vínculo laboral, según lo concluyó el a quo. Sin embargo, en vita que la parte actora no convocó a las cooperativas de trabajo asociado, ni lo hizo el juez de primera instancia, no resulta viable declarar la responsabilidad solidaria de aquellas so pena de vulnerar derechos como el debido proceso y defensa.

En lo relativo a la actividad personal ejecutada por el actor, de las certificaciones emitidas por las cooperativas que vincularon al actor ante el Hospital Federico Lleras Acosta, se observa la continuidad en la prestación del servicio como Técnico Administrativo en el área financiera de esa entidad, durante el periodo comprendido entre el **1° de septiembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012**, bien mediante la intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado, o bien mediante contratación directa con la E.S.E.

Así mismo, quedó acreditado que las funciones desempeñadas no fueron ocasionales ni transitorias sin que además de ser permanentes, correspondían a las necesidades internas tanto de contabilidad como financieras de la entidad, puesto que correspondían a verificar facturación, procedimientos de nómina, archivo, flujo de caja, informes, proveedores, cartera, indispensables para el normal funcionamiento de su función misional. Aspectos que fueron corroborados por las certificaciones expedidas por las cooperativas SEFIRA y PROMEDIS, así como aparecen consignadas en el contrato de prestación de servicios de mínima cuantía No. 1235 del 30 de septiembre de 2011 suscrito entre las partes, al igual que con el testimonio de Linda Yamile Rodríguez Arroyo.

Respecto del salario o remuneración como retribución por la actividad personal se evidenció que el actor fue vinculado al Hospital Federico Lleras Acosta, a través de la intermediación laboral, acción que está prohibida, de las cooperativas de trabajo asociado COOSERTEP, SURGIMOS, SEFIRA y PROMEDIS. De igual manera durante un periodo mantuvo relación contractual directa con la E.S.E. a través de figuras contractuales, en las cuales se acordó el valor del respectivo contrato.

Es evidente que los pagos, efectuados por las Cooperativas, lejos de acreditar la relación contractual o cooperativa, lo que acreditan es la retribución pecuniaria por la prestación del servicio del actor en favor de un tercero como lo es el Hospital Federico Lleras Acosta. Téngase en cuenta que la deponente Linda Yamile Rodríguez Arroyo expresó que la única interacción con las cooperativas eran las de suscribir el contrato y recibir el salario y los bonos para la dotación.

Resáltese que no es relevante que las cooperativas hubieran cancelado los pagos por la prestación del servicio, cuando lo cierto es que, en el fondo, lo que hicieron fue encubrir una verdadera relación laboral del señor José Noel Mendoza con el Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E.

Respecto de la subordinación frente al empleador, el demandante, mediante las certificaciones expedidas por las cooperativas de trabajo asociado SEFIRA, PROMEDIS, así como con el alcance del objeto del contrato de prestación de servicios de mínima cuantía No. 1235 del 30 de septiembre de 2011, así como de la declaración de **Linda Yamile Rodríguez Arroyo**, contadora pública, quien depuso que laboró con el actor y el horario de trabajo era establecido por el Hospital, de 7 AM a 12 y de 2 a 7 PM.

Señaló además la declarante que las actividades que debían desarrollar eran señaladas por la jefe inmediata (Sugey) en el caso de José Noel, en Presupuesto, o la Dra. Luz

Marina, quienes eran funcionarias de planta del hospital; que los permisos se le pedían al jefe inmediato del hospital o quien estuviera a cargo del área, o sea a Sugey o a la Dra. Luz Marina. Indicó que los elementos de trabajo tales como computador, escritorio, impresora, papelería, eran del hospital. Aseguró que distintas cooperativas de trabajo manejaban cada área del hospital, había una para Presupuesto, otra para contabilidad, entonces según el cargo para el cual iba a ser contratado, lo dirigían a la cooperativa para hacer los trámites.

Conforme lo anterior, se evidencian las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el señor José Noel Mendoza prestó los servicios profesionales como técnico administrativo en el área financiera del hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, mediante el desempeño de funciones que son propias de la entidad para su normal funcionamiento, las cuales fueron ejecutadas mediante sucesivas y continuas vinculaciones a través de intermediación laboral con las cooperativas de trabajo asociado y contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la E.S.E., todo en el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2006 al 28 de febrero de 2012, sin solución de continuidad.

Debe resaltarse que el testimonio de la señora Linda Yamile Rodríguez Arroyo, aun que no es preciso, puesto que por el paso del tiempo no le es exigible que recuerde fechas exactas, sin embargo, fue clara en informar el horario, los lugares en que se prestó el servicio, la forma en que fue prestado y aspectos tales como que fue compañera de trabajo del demandante desde noviembre de 2009 hasta agosto de 2011 o 2012, vinculada a través de la misma cooperativa que vinculó al señor José Noel Mendoza (Sefira), recibían órdenes del jefe inmediato quien era empleado de planta del hospital (Sugey o la Dra. Luz Marina), el horario de trabajo era el establecido por el hospital, los permisos los pedían al jefe inmediato quien era empleado de planta del hospital (Sugey o la Dra. Luz Marina), los elementos de trabajo eran suministrados por el hospital, y que la cooperativa solamente les cancelaba el salario.

En ese sentido, carece de asidero jurídico la afirmación consistente en que la prestación del servicio se desarrolló en virtud del acuerdo asociativo, toda vez que se probó la existencia de la relación laboral entre el actor y la ESE demandada y, por ende, se desnaturalizó aquel acuerdo, incluso al punto que, tal como se probó el actor prestaba el servicio, en las instalaciones de la entidad de salud, además que la cooperativa fue anuente con la manera como se desarrollaba la prestación del servicio con la ESE, sin desplegar actuaciones que detuvieran la ejecución de una relación de subordinación y dependencia.

En este orden de ideas, con fundamento en las pruebas valoradas a la luz de la sana crítica, a juicio de la Sala, sí existió una verdadera relación laboral entre el demandante y la ESE Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué, aunque se hubiese presentado bajo la modalidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir, mediante contratos de prestación de servicios y mediante la figura de la intermediación laboral a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, en el periodo 1° de septiembre de 2006 al 28 de febrero de 2012, razón suficiente para revocar la providencia de la primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones.

En lo concerniente a los pagos recibidos por el accionante, es necesario aclarar que se deberá realizar de manera proporcional al tiempo laborado mediante contratos de trabajo asociativo y respecto de «las diferencias que resulten entre las compensaciones pagadas, así como prestaciones sociales reconocidas», lo que implica que al momento

de cumplir la condena impuesta en este fallo, se debe efectuar una relación del dinero pagado por las cooperativas y el que debió ser devengado por el demandante, para así establecer cuál sería la diferencia, la que debería ser pagada de manera solidaria.

Debe aclararse que, la existencia de la relación laboral se declara entre el demandante y la ESE Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué (Tolima) y no entre aquel y las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Finalmente deberá declararse que, por el hecho de reconocerse la existencia de la relación laboral, al demandante no se le puede otorgar la calidad de empleado público, por cuanto no existieron las formalidades para la vinculación estatal en virtud de los elementos de una relación legal y reglamentaria.

Con base en lo anterior la relación laboral declarada deberá producir plenos efectos, tales como el pago de todos los salarios y demás emolumentos, incluidos no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, primas de servicios y todas las que se le reconocieron para la época de los hechos a un Técnico Administrativo del área financiera de la planta de personal de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, sino además las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de pensión.

Se advierte que la condena se proferirá contra la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, en vista que las Cooperativas involucradas no fueron demandadas, ni llamadas en garantía, por lo tanto, le corresponderá a la ESE adoptar las decisiones que le convengan según su criterio.

En razón a que la parte demandante solicita, a título de restablecimiento del derecho, la indemnización moratoria por no consignación de cesantías en fondo de cesantías, la Sala no accederá a tal pretensión teniendo en cuenta que **i.** la misma se causa cuando se hace la respectiva reclamación, la cual no obra en el expediente, **ii.** el derecho a la misma se adquiere a partir de la sentencia que ordena su reconocimiento.

Respecto de la prescripción, se tiene que el demandante presentó la reclamación administrativa el 26 de marzo de 2015, es decir no transcurrieron más de tres años entre la finalización del último contrato y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones social que, se repite, ocurrió el 31 de marzo de 2012, y por lo tanto no prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado.

Salvo así mi voto

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado[14]

Fecha ut supra.

[14] **NOTA ACLARATORIA: El salvamento de voto se tramitó por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima.**