



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B**

**Magistrado ponente: Jorge Edison Portocarrero Banguera**

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

**Radicado** : 05001-23-31-000-2019-00001-01  
**Nº Interno** : 2802-2022  
**Demandante** : Francisco Miguel Paternina Rozo  
**Demandados** : Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó y Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal)  
**Acción** : Nulidad y restablecimiento del derecho – Decreto 01 de 1984<sup>1</sup>  
**Tema** : Contrato realidad

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 10 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (sala quinta mixta), que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda<sup>2</sup>.

#### 1.1. Pretensiones.

El señor Francisco Miguel Paternina Rozo, por intermedio de apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), para solicitar la anulación del oficio 1194 de 24 de noviembre de 2010, emitido por la Empresa Social del Estado (ESE) Hospital

---

<sup>1</sup> La demanda inicial fue presentada por el señor Francisco Miguel Paternina Rozo y otros ante la jurisdicción ordinaria laboral el 14 de diciembre de 2010 (folio 135, cuaderno 1); luego, remitida por competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (folio 1890 y 1891, cuaderno 3) y por auto de 12 de diciembre de 2013 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Medellín la inadmitió y ordenó presentar para cada accionante una demanda diferente por considerar que las pretensiones no eran acumulables; la del actor correspondió al Juzgado Treinta y Dos Administrativo del Circuito de Medellín, el cual, mediante auto de 3 de octubre de 2018 (folios 1934 y 1935, cuaderno 3) declaró su falta de competencia y la remitió al Tribunal Administrativo de Antioquia, que por lo que con proveído de 4 de abril de 2019 avocó conocimiento y continuó con el trámite procesal (folio 1940, cuaderno 4).

<sup>2</sup> Folios 1 a 33, cuaderno 1.



San Rafael de Yolombó, por medio del cual negó la existencia de una relación laboral y el pago de las correspondientes acreencias laborales.

**A título de restablecimiento del derecho**, pidió que se condene, en forma solidaria, a la ESE Hospital San Rafael de Yolombó y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal) a: (i) pagar una «*indemnización por despido injustificado o sin justa causa*», los «*salarios adeudados [...] correspondientes a las compensaciones de los meses de julio (15 días) y agosto (4 días) del año 2009*», las prestaciones sociales no pagadas entre enero de 2008 y septiembre de 2009, como lo son las cesantías, sus intereses y la sanción moratoria por su pago tardío, la primas de servicios y las vacaciones y aquellas extralegales reconocidas mediante convención colectiva de trabajo (primas de vacaciones y vida cara, bonificación por servicios y auxilio de alimentación); una indemnización moratoria por pago tardío de salarios y prestaciones sociales y las cotizaciones que debieron efectuar como empleador por concepto de seguridad social y parafiscales; y (ii) devolver «*todos los aportes realizados [...] durante todo el tiempo que estuvo actuando y aportando como socio de la C.T.A. Cooptrasonal*» (sic). Todo lo anterior indexado con intereses moratorios y las costas procesales.

**Los hechos** en que se fundan las pretensiones son los siguientes:

El señor Francisco Miguel Paternina Rozo prestó servicios como cirujano general a la ESE Hospital San Rafael de Yolombó, en condición de asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooman, desde el 23 de enero de 2008 hasta el 31 de enero 2009; posteriormente, de manera «*automática e inconsulta*», desde el 1° de febrero de 2009 pasó a ser socio de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal), para continuar prestando sus servicios a la referida ESE hasta el 4 de septiembre de 2009, cuando fue «*expulsado de COOPTRASONAL, por reclamar de manera reiterada el pago de las “compensaciones” atrasadas*» (sic).

Durante todo el tiempo que prestó servicios a la ESE Hospital San Rafael de Yolombó cumplió horario de 8:00 de la mañana a 5:00 de la tarde de lunes a sábado, con disponibilidad de 24 horas para la atención en los servicios de medicina especializada y urgencias y «*recibió órdenes directas y laborales del doctor William Marulanda Tobón, gerente de la E.S.E.; del doctor César Rubio,*



*subgerente de la misma entidad; de la doctora Lina Arias, subdirectora científica de la entidad y de la señora Diana Marín, encargada de la oficina de atención al usuario de la E.S.E.», porque la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal) nunca tuvo un delegado o coordinador en el Hospital.*

Pese a que el demandante percibía una remuneración de \$15.000.000, Cooptrasonal realizaba las cotizaciones al sistema de seguridad social sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente y en algunos lapsos no efectuó aportes; y ante el incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales, el actor se vio obligado a renunciar, lo que en realidad constituyó un *«despido sin justa causa»*.

El *«14 de octubre de 2010»* (sic) el demandante deprecó de las accionadas el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las correspondientes acreencias laborales, negados por la ESE mediante oficio 1194 de 24 de noviembre de 2010, *«escudándose en el falso convenio cooperativo»*.

## **1.2. Normas violadas y concepto de violación.**

De la Constitución Política, los artículos 2, 6, 53 y 90.

Del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 24, 467, 471, 478 y 479.

De la Ley 244 de 1995, el artículo 2.

De la Ley 1233 de 2008, el artículo 7.

Del Decreto 4588 de 2006, los artículos 6, 8, 11, 16 y 17.

El demandante sostuvo que fue contratado a través de convenios asociativos con cooperativas de trabajo asociado para desarrollar labores misionales de la ESE Hospital San Rafael de Yolombó, bajo su subordinación, con lo que se encubrió una verdadera relación laboral.

## **2. Contestación de la demanda**

**2.1. Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó<sup>3</sup>.** La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda. Aseveró que contrató procesos y procedimientos en la modalidad de *outsourcing* con varias personas jurídicas, entre ellas, las Cooperativas de Trabajo Asociado Cooman y

---

<sup>3</sup> Folios 1516 a 1635, cuaderno 2.



Cooptrasonal y fue en virtud de ello que el demandante prestó servicios de cirujano general como asociado.

Afirmó que no le constan las condiciones en las que el actor desarrollaba su actividad profesional, pues era la respectiva cooperativa la que se encargaba de todo lo concerniente al servicio contratado y que, si en gracia de discusión se aceptara la existencia de algún vínculo con esa ESE, no tiene derecho a ninguna acreencia convencional o extralegal.

Como excepciones propuso las que denominó: prescripción, caducidad de la acción, falta de causa *petendi*, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe, compensación e incumplimiento del requisito de la demanda.

**2.2. Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal)**<sup>4</sup>. Fue representada por curadora *ad litem*, quien se opuso a las pretensiones de la demanda. Señaló que no existe prueba sobre de las funciones que la ESE le asignó al accionante o del horario en que las cumplía.

Adujo que la cooperativa de trabajo asociado es una entidad de carácter privado que tiene entre sus objetivos la prestación del servicio de salud externalizado por las empresas sociales del Estado a través de sus asociados, lo cual se materializó en el convenio de trabajo cooperativo firmado por el demandante y que, en caso de declararse que el actor tuvo la calidad de empleado de la ESE acusada, no es dable aplicar la convención colectiva de trabajo.

Propuso las excepciones que denominó: caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inexistencia del acto administrativo objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no se agotó en debida forma la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción de la acción laboral.

### **3. La sentencia de primera instancia**<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Folios 1570 a 1577, cuaderno 2.

<sup>5</sup> Providencia obrante en la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada Samai.



El Tribunal Administrativo de Antioquia (sala quinta mixta), mediante sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (sin condena en costas). En consecuencia, declaró la nulidad del acto demandado y condenó «[...] *de manera solidaria a la E.S.E. San Rafael de Yolombó y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional – COOPTRASONAL-, a reconocer y a pagar a favor del señor Francisco Miguel Paternina Rozo las prestaciones sociales de orden legal consagradas en el decreto 1042 de 1978, que se derivan de la relación laboral que surgió entre este y la E.S.E. demandada, en el período comprendido entre el 18 de marzo y el 4 de septiembre de 2009*» (sic) y «*las sumas que se encuentren pendientes a título de compensación o remuneración por el trabajo realizado como cirujano en el período comprendido entre el 18 de marzo y el 4 de septiembre de 2009, conforme al valor de la compensación pactada con la cooperativa*»; y completar los aportes al respectivo fondo de pensiones.

Además, ordenó a «*la cooperativa de trabajo asociado COOPTRASONAL, [...] devolverle al señor Francisco Miguel Paternina, los aportes ordinarios y extraordinarios que realizó en el período comprendido entre el 18 de marzo y el 4 de septiembre de 2009*» (sic).

Consideró que existió una relación laboral entre el señor Paternina Rozo y la ESE demandada ya que «[...] *el primero debía cumplir un horario que, según el contrato celebrado con la cooperativa de trabajo asociado, era de 48 horas semanales, es decir, de tiempo completo, y debía seguir instrucciones del personal de la entidad, en circunstancias que excedían las meras relaciones de coordinación. En efecto, si la relación hubiera sido de esa naturaleza, la coordinación se habría dado por conducto de la cooperativa, como se estipuló en la cláusula segunda del contrato de prestación de procesos y subprocesos asistenciales 23 de 18 de marzo de 2009; sin embargo, ello nunca ocurrió, pues el actor prestó todo el tiempo sus servicios al hospital y era el personal directivo de la entidad quien le indicaba en qué forma debía realizar su trabajo, al punto que debía estar disponible las 24 horas para atender cirugías, también laboraba en jornadas diarias que se extendían desde las 8:00 am hasta las 5:00 pm, e incluso [...] debía cumplir el reglamento interno de la entidad*» (sic).

Concluyó que «[...] *la cooperativa incumplió los preceptos que consagran su finalidad, pues aprovechó el convenio de asociación suscrito con el*



*demandante para poner su fuerza de trabajo a favor de un tercero – la E.S.E. San Rafael de Yolombó-, incurriendo así en la prohibición consagrada en el artículo 17 del decreto 4588 de 2006 y en el numeral 3 del artículo 7 de la ley 1233 de 2008, con lo cual surgió una verdadera relación laboral entre el actor y la E.S.E. demandada» (sic).*

En cuanto al término de la relación laboral, señaló que, pese al lapso reclamado por el accionante *«en el proceso solo se demostró que suscribió un convenio de trabajo cooperativo con COOPTRASONAL el 1 de enero de 2009 y que el mismo terminó el 4 de septiembre de 2009; pero, fue solo hasta el 18 de marzo de 2009 que la cooperativa suscribió con la E.S.E. San Rafael de Yolombó el contrato de prestación de procesos y subprocesos asistenciales 23, que propició el surgimiento del vínculo laboral con el señor Paternina Rozo. Por ende, solo se reconoce [...] existencia de la relación laboral, por el período comprendido entre el 18 de marzo y el 4 de septiembre de 2009»* y como *«el demandante presentó su primera reclamación ante COOPTRASONAL el 31 de marzo de 2010 y ante la E.S.E. San Rafael de Yolombó el 15 de junio del mismo año, ha de concluirse que en el caso sub judice no operó el fenómeno extintivo de la prescripción»*.

En lo que concierne al restablecimiento del derecho deprecado, adujo que no hay lugar a sufragar (i) sanción moratoria, en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con la sentencia, (ii) prestaciones y emolumentos extralegales reconocidos en la convención colectiva de trabajo que se encuentra vigente entre la ESE y *«el sindicato ANTHOC»*, comoquiera que la declaratoria de existencia de la relación laboral no le otorga al actor la calidad de empleado público, y (iii) indemnización por despido sin justa causa conforme a la Ley 909 de 2004, porque no existió condición de empleado en carrera administrativa ni supresión del cargo.

#### **4. Los recursos de apelación<sup>6</sup>.**

**4.1. La Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó** pidió revocar la sentencia de primera instancia. Alegó que, contrario a lo manifestado por el *a quo*, en el curso del proceso no se demostró la concurrencia de los tres elementos propios de una relación laboral, si se tiene

---

<sup>6</sup> *Ibidem.*



en cuenta que el demandante fue «**socio**» de las cooperativas de trabajo asociado a través de las cuales prestó servicios profesionales como cirujano y, se insiste, el Hospital contrató procesos y procedimientos en la modalidad de *outsourcing* y, por ende, no ejerció ningún tipo de subordinación en la ejecución de esos servicios, pues en «*dichos contratos la Cooperativa, en su calidad de contratista, se obliga a proveer las necesidades de la E.S.E. en Procesos y procedimientos a través, obviamente, de sus asociados, como es o era el demandante FRANCISCO MIGUEL PATERNINA, quien llegó a la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO a prestar servicios no como persona natural sino como socio de una persona jurídica - COPTRASONAL- con quien efectivamente la E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO había suscrito un contrato de prestación y procedimientos, tal como quedó demostrado en el acervo probatorio*» (sic).

**4.2.** La **parte demandante** interpuso recurso de apelación (parcial), frente a los siguientes aspectos: **(i)** la relación laboral no se configuró entre el 18 de marzo y el 4 de septiembre de 2009, como erróneamente lo declaró el *a quo*, sino desde el 23 de enero de 2008 hasta el 4 de septiembre de 2009, puesto que entre la Cooperativa y el Hospital demandados hubo «*un vínculo laboral en la modalidad de un contrato realidad, no de prestación de servicios [y, por tanto, él] comenzó a prestar los servicios como médico de dicho centro de salud desde el 23 de enero de 2008 y no desde el 18 de marzo de 2009*», **(ii)** la negativa de condenar a una indemnización por despido injusto, **(iii)** no conceder las prestaciones sociales extralegales y/o convencionales, **(iv)** no imponer sanción moratoria por no consignar en forma oportuna las cesantías al respectivo fondo y **(v)** abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

## **5. Alegatos de conclusión.**

Mediante auto del 13 de diciembre de 2022<sup>7</sup>, en cumplimiento del artículo 212 del CCA, el despacho sustanciador corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto.

### **5.1 Parte demandante<sup>8</sup>**

<sup>7</sup> Folio 1965, cuaderno 4.

<sup>8</sup> Memorial adjuntado a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada Samai.



El apoderado del accionante reiteró los argumentos del escrito de alzada y pidió que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

### 5.2 Parte demandada<sup>9</sup>

La ESE accionada, por medio de apoderado, insistió en que se debe revocar la sentencia de primera instancia porque esa entidad no tuvo ningún vínculo con el demandante, sino con personas jurídicas, con las cuales contrató procesos y procedimientos en la modalidad de *outsourcing*.

### 5.3 Ministerio Público

El representante del Ministerio Público no rindió concepto, según constancia secretarial del 28 de junio de 2023<sup>10</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

La Subsección es competente para conocer en segunda instancia de este proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del CCA. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso (CGP)<sup>11</sup>, el juez de segunda instancia debe pronunciarse sin limitaciones, cuando ambas partes apelan.

### 2.2. Problema jurídico.

Le corresponde a la Sala establecer si revoca o modifica la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia (sala quinta mixta), que accedió parcialmente a las pretensiones. Para el efecto, se analizará (i) si se configuró una verdadera relación laboral entre las partes, habida cuenta de que se probó la existencia del elemento de la subordinación y dependencia directa entre la

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Folio 1966, cuaderno 4.

<sup>11</sup> «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.*

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia».*





Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó y el demandante, a pesar de que él se vinculó a través de una cooperativa de trabajo asociado; y de ser cierta la primera hipótesis, (ii) cuáles son los extremos temporales por los que se deben reconocer los derechos laborales reclamados y (iii) si es procedente ordenar a la accionada el pago de una indemnización por despido injusto, prestaciones sociales extralegales y/o convencionales, sanción moratoria por no consignar en forma oportuna las cesantías al respectivo fondo y las costas procesales.

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala desarrollará los siguientes temas: 2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial: 2.2.1.1. Del contrato realidad, 2.2.1.2. Cooperativas de trabajo asociado, 2.2.1.3. De la tercerización laboral u *outsourcing*; 2.2.2. Hechos probados; 2.2.3. Caso concreto; 2.2.4. Restablecimiento del derecho cuando se reconoce la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad y 2.2.5. Sobre la condena en costas.

### **2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial**

**2.2.1.1. Del contrato realidad.** En principio, cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos general relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

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 pueden 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.



Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «*no puedan realizarse con personal de planta o*» y «*en ningún caso [...] general relación laboral ni prestaciones sociales*», contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C-154 de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968<sup>12</sup>, «*[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]*»,

<sup>12</sup> Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.



dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratadas por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

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, 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 «*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<sup>13</sup>.

De igual manera, la subsección B de esta sección segunda<sup>14</sup> 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 vinculada 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*.

#### **2.2.1.2 Cooperativas de trabajo asociado.** La Ley 79 de 1988, «*Por la cual*

<sup>13</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01 (202-10).

<sup>14</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (316-2014).



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.

En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 27 de abril de 2016<sup>15</sup>, así:

En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagro la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros

<sup>15</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14).



beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado<sup>16</sup>. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica<sup>17</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo T-442 de 13 de julio 2017<sup>18</sup>, reiteró:

[...] si durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente en que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o admitir que respecto de sus asociados se susciten relaciones de subordinación, se debe dar aplicación la legislación laboral, y no la legislación civil o comercial porque bajo estas hipótesis confluyen elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo<sup>19</sup>.

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.

**2.2.1.3. De la tercerización laboral u *outsourcing*.** En lo que respecta a la tercerización laboral o subcontratación, lo que en inglés se conoce como

<sup>16</sup> Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, que reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado.

<sup>17</sup> «Artículo 7° de la Ley 1233 de 2008. Ley por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones».

<sup>18</sup> M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>19</sup> Ver, entre otras, las sentencias: T-286 de 2003, T-445 de 2006, T-504 y 962 de 2008, T-484 de 2013 y T-531 de 2015.

*outsourcing*, la Corte Suprema de Justicia (sala laboral)<sup>20</sup> ha precisado:

### 1. La tercerización laboral

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, *outsourcing* o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa<sup>21</sup>.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible<sup>22</sup>.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es “*un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas*”, siempre que se funde “*en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero*”. Por tanto, “*no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades*” (CSJ SL467-2019).

Bajo ese entendido, el *outsourcing*, entendido como la colaboración entre empresas, tiene su fundamento normativo en el artículo 34<sup>23</sup> del Código Sustantivo del Trabajo<sup>24</sup>, a través de la figura de contratista independiente y está sujeto a las siguientes condiciones:

#### Artículo 34. Contratistas independientes.

<sup>20</sup> Sentencia SL4479-2020 de 4 de noviembre de 2020, expediente 81104, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

<sup>21</sup> Ermida Uriarte, O. y Orsatti, A. (2009). Outsourcing/Tercerización: un recorrido entre definiciones y aplicaciones. En L. B. Rodríguez y M. Dean (coord.), Outsourcing (tercerización). Respuestas desde los trabajadores. México: Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical (CILAS).

<sup>22</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, Descentralización, Tercerización y Subcontratación. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

<sup>23</sup> Modificado por el artículo 3°. del Decreto 2351 de 1965.

<sup>24</sup> «Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado»



1º) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2º) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

El aparte subrayado del precitado artículo fue demandado y declarado exequible por la Corte Constitucional<sup>25</sup>, al considerar que «[...] *a diferencia de lo sostenido por el actor, la distinción realizada por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, busca **proteger al trabajador de posibles encubrimientos de verdaderas relaciones laborales a través de contratistas independientes. En otras palabras, lo que persigue el legislador es diferenciar y hacer viables los derechos de los trabajadores contratados por terceros, que desarrollan actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, a través de la imposición de su responsabilidad solidaria en el pago de los salarios y demás prestaciones sociales. Esta distinción es además razonable y proporcionada***» (negritas propias).

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (sala de casación laboral)<sup>26</sup> puntualizó:

[...] para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «*estructura propia y un aparato productivo especializado*» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario,

<sup>25</sup> Sentencia C-593 de 20 de agosto de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>26</sup> Sentencia SL4479-2020 de 4 de noviembre de 2020, expediente 81104, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.





con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «*hombre de paja*» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

**Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas** [resaltado por la Sala].

Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se legitimó la tercerización laboral, cuando el *outsourcing* es utilizado para desarrollar actividades propias y misionales de la empresa beneficiada y solo sirve para actuar como un intermediario que (a) carece de estructura propia, (b) no ejerce directamente la subordinación y (c) no asume los riesgos de la contratación.

## 2.2.2. Hechos probados

i) El 1° de enero de 2009 el señor Francisco Miguel Paternina Rozo suscribió convenio de trabajo asociado con duración «*indefinida*» con la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal)<sup>27</sup> (el cual se dio por terminado el 4 de septiembre de esa misma anualidad<sup>28</sup>), para prestar sus servicios como «*Especialista en Cirugía*» en la ESE Hospital San Rafael de Yolombó en una jornada de 48 horas semanales y con la obligación de cumplir turnos en los horarios señalados.

Respecto de esa relación de trabajo asociado, el actor aportó con la demanda circular 23 de 30 de abril de 2009 del gerente de Cooptrasonal, por la cual

<sup>27</sup> Folios 417 a 419, cuaderno 1.

<sup>28</sup> Folio 419, cuaderno 1.



imparte instrucciones al personal médico que labora en la ESE accionada<sup>29</sup>; certificación emanada del gerente de Cooptrasonal el 17 de septiembre de la misma anualidad, según la cual el señor Paternina Rozo prestó servicios a esa Cooperativa de Trabajo Asociado como cirujano general desde el 1° de febrero hasta el 4 de septiembre de 2009; escrito de 31 de marzo de 2010, por el cual él deprecó de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional el pago de compensaciones adeudadas por el mes de julio de 2009<sup>30</sup>.

ii) La Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó y la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal) suscribieron el «*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE PROCESOS Y SUBPROCESOS ASISTENCIALES 23*»<sup>31</sup> el 18 de marzo de 2009 (y sus otros ís 1 a 5<sup>32</sup>), cuyo objeto fue «*REALIZAR BAJO SU PROPIA AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD LOS PROCESOS Y SUBPROCESOS [...] DE ACUERDO CON LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EN LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO [...] NECESARIOS PARA EL DESARROLLO Y CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN MÉDICA A CARGO [...], LOS CUALES OFRECE COMO ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD A TRAVÉS DEL TRABAJO PERSONAL DE SUS ASOCIADOS TALES COMO: A) ADMINISTRATIVOS: [...] Y B) ASISTENCIALES: [...] URGENCIAS, CONSULTA EXTERNA, CONSULTA ESPECIALIZADA, [...] HOSPITALIZACIÓN ESTANCIA GENERAL, BLOQUE QUIRÚRGICO [...] Y SERVICIO DE AMBULANCIAS*» (sic), con un plazo de ejecución de 6 meses «*desde el 1° de abril hasta el 31 de diciembre de 2009*».

iii) El señor Francisco Miguel Paternina Rozo rindió interrogatorio de parte<sup>33</sup>, en el que relató que prestó servicios para la ESE Hospital San Rafael de Yolombó desde el 23 de enero de 2008, inicialmente con vínculo directo, pero, luego, sin su consentimiento, lo afiliaron a las Cooperativas de Trabajo Asociado Cooman y Cooptrasonal; que debía cumplir los horarios previamente establecidos por la subgerencia científica, la oficina de atención al usuario y el jefe de cirugía del Hospital y estaba supeditado a solicitud de permisos y a las órdenes de sus superiores.

<sup>29</sup> Folio 422, cuaderno 1.

<sup>30</sup> Folio 414, cuaderno 1.

<sup>31</sup> Folios 144 a 170, cuaderno 1.

<sup>32</sup> Concierne al valor, forma de pago, los procesos y subprocesos contratados y adición al plazo inicial.

<sup>33</sup> Folios 1835 y 1836, cuaderno 3.



iv) Con la demanda se allegó «*como prueba trasladada*»<sup>34</sup> (sic) copia de las diligencias adelantadas por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó<sup>35</sup> en el proceso de Francisco Miguel Paternina Rozo y otros contra la ESE Hospital San Rafael de Yolombó (que posteriormente fue remitido por competencia, desacumulado y dio origen al presente), entre otras, del acta de los testimonios rendidos el 28 de marzo de 2012 por los señores<sup>36</sup>: **Javier Ortiz Santana**, quien dijo ser médico ginecólogo y excompañero de trabajo del actor «*hace unos tres años*» y afirmó que muchos de los trabajadores del Hospital están vinculados por cooperativa de trabajo asociado, pero cumplen órdenes de las directivas de la ESE, están supeditados a los turnos y horarios que se les programan e incluso deben acatar el reglamento interno de la entidad; **Sonia Ceballos Vallejos**, secretaria del Hospital San Rafael de Yolombó, también compañera de trabajo del demandante «*hace más o menos tres o cuatro años*», quien dijo que aquellos que trabajaban por prestación de servicios a través de cooperativas de trabajo asociado, además de cumplir horario y turnos, deben tener disponibilidad las 24 horas; **Marta Graciela Pérez Avendaño**, auxiliar de enfermería de la ESE accionada, quien conoció al demandante «*porque él fue a trabajar allí como cirujano*», con horario desde las 7:00 a. m. hasta que se acabaran las cirugías los días que tenía programadas y de 8:00 a. m. a 5:00 p. m. los demás días para atender consulta; los horarios los establecía el área científica del Hospital; **Dora Margarita Zabala Gil**, auxiliar de enfermería de la ESE Hospital San Rafael de Yolombó, quien ratificó que el actor, a quien «*distingu[ió] hace más de dos años*», como cirujano debía cumplir turnos, estaba supeditado a los horarios y órdenes de los directivos de las diferentes áreas de la ESE y debía tener disponibilidad de 24 horas para, entre otras actividades, la atención de urgencias en su especialidad; y **Martha Luz Zabala Gil**, auxiliar de enfermería en la misma entidad, quien también conoció al demandante «*porque era médico cirujano hace por ahí tres años*», vinculado por medio de cooperativas

<sup>34</sup> «Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzca».

<sup>35</sup> Folios 1880 a 1907, cuaderno 3.

<sup>36</sup> Se aclara que en el proceso inicial ante la jurisdicción ordinaria laboral eran 5 los demandantes, todos vinculados a la ESE por medio cooperativa de trabajo asociado y, por esa razón, en la diligencia de recepción de testimonios, los deponentes se refirieron en forma genérica a todos los accionantes y solo especificaron situaciones como desde cuándo los conocían o habían trabajado con ellos y la especialidad que desempeñó cada uno en el Hospital.



de trabajo, pese a ello, a ese tipo de vinculados *«les aplican el reglamento de la ESE en lo que les conviene»*.

### **Actuación administrativa**

a) A través de escritos de 15 de junio de 2010<sup>37</sup>, el señor Francisco Miguel Paternina Rozo reclamó de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó y la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal) la existencia de una relación laboral y el pago de las correspondientes acreencias laborales y prestaciones sociales, desde el 1° de enero de 2009 (sin especificar la fecha de culminación).

b) Mediante oficio 1194 de 24 de noviembre de 2010<sup>38</sup>, la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó negó la petición anterior, para lo cual adujo que esa entidad no suscribió ningún contrato con el actor, sino que contrató procesos y subprocesos con la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal), por lo que es esa entidad la que debe responder por las reclamaciones de tipo laboral que tengan sus afiliados.

### **2.2.3. Caso concreto**

El señor Francisco Miguel Paternina Rozo prestó servicios como médico cirujano en la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó como trabajador de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal) del 1° de abril al 4 de septiembre de 2009. Asimismo, acude en sede de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la anulación del acto por medio del cual la mencionada ESE le negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago, de manera solidaria por parte de las demandadas, de las correspondientes acreencias laborales y prestaciones sociales.

Lo primero que ha de advertirse es que, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, motivo por el que quien alega la existencia de un contrato realidad debe desplegar todas las actuaciones para llevar al juez a dicho convencimiento y,

---

<sup>37</sup> Folios 174 a 195, cuaderno 1.

<sup>38</sup> Folio 343, cuaderno 1.



para tal propósito, aportar todos los elementos probatorios a que haya lugar, los que serán valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En ese sentido, pese a que en la demanda y en recurso de apelación el actor insiste en que la relación laboral se debe declarar desde el «23 de enero de 2008» hasta el 4 de septiembre de 2009, en principio, se aclara que en sede administrativa la deprecó desde el «1° de enero de 2009», por lo que no es procedente que ante esta jurisdicción reclame un lapso anterior al invocado en vía gubernativa.

No obstante, sin perjuicio de que (i) el convenio de trabajo asociado entre el señor Francisco Miguel Paternina Rozo y la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional fue suscrito el 1° de enero de 2009, (ii) que la certificación emanada del gerente de Cooptrasonal menciona que el demandante prestó servicios a esa Cooperativa de Trabajo Asociado como cirujano general entre el 1° de febrero y el 4 de septiembre de 2009 y (iii) que el *a quo* declaró la existencia de la relación laboral desde el 18 de marzo de 2009 (por ser la fecha del contrato entre la ESE y la Cooperativa de Trabajo Asociado) hasta el 4 de septiembre siguiente, no existe ninguna prueba que demuestre que el presunto vínculo entre la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó excedió el período comprendido entre el 1° de abril de 2009 (fecha de inicio del contrato de *outsourcing*) y el 4 de septiembre del mismo año, por lo que ese será el interregno por el cual se estudiará la configuración del contrato realidad, esto es, la existencia de los tres elementos de la relación laboral: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración por el trabajo cumplido y (iii) la subordinación y dependencia.

En cuanto a la vinculación del actor a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional (Cooptrasonal), para el desarrollo del «CONTRATO DE PRESTACIÓN DE PROCESOS Y SUBPROCESOS ASISTENCIALES 23», suscrito con la ESE Hospital San Rafael de Yolombó, que constituye el motivo de inconformidad de la parte demandada, la Sala reitera que, 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<sup>36</sup>, el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado consiste en «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».* Sin perjuicio de ello, 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 en labores propias de esta, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo; y (ii) fungir 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 y dependencia con los contratantes. Por otra parte, la figura del *outsourcing* tampoco puede ser usada para que terceros, que desarrollan actividades propias y misionales de la empresa beneficiada, encubran verdaderas relaciones laborales.

Así las cosas, entre el 1° de abril y el 4 de septiembre de 2009, se encuentra acreditado que el actor prestó de manera **personal el servicio**, comoquiera que fue contratado a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional para que realizara labores de médico cirujano, es decir, dicha actividad fue ejecutada por él y no por otra persona, lo que se halla demostrado con el contrato de *outsourcing* y sus otrosís entre la ESE y la mencionada Cooperativa de Trabajo Asociado, el contrato de trabajo asociado entre la última y el demandante y la certificación emanada del gerente de Cooptrasonal y las demás pruebas recaudadas (documentos, testimonios e interrogatorio de parte).

En lo concerniente a la **contraprestación económica**, según la certificación y los contratos de prestación de servicios allegadas, se observa que percibió unos honorarios, en contraprestación por los servicios prestados, que eran pagados de manera mensual, conforme a la suma acordada en cada contrato y a las compensaciones recibidas por la Cooperativa de Trabajo Asociado. Así, está comprobada la remuneración como segundo elemento de la relación laboral.

Respecto de **la subordinación y dependencia**, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en la ESE demandada y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.



En efecto, de la totalidad de los testimonios recaudados y del interrogatorio de parte rendido por el demandante, se desprende que él debía cumplir un horario de 48 horas a la semana, de lunes a viernes, pero con disponibilidad de 24 horas, especialmente para la atención de urgencias, estaba supeditado a la solicitud de permisos, a las órdenes de los jefes de área, al cumplimiento de turnos y horarios agendados por el personal del Hospital y, en general, a acatar el reglamento de la ESE en forma similar a los empleados de planta.

Sumado a lo anterior, se debe mencionar que la ESE Hospital San Rafael de Yolombó es «*un hospital universitario con servicios de alta complejidad*», que tiene como misión «*el mantenimiento y recuperación de la salud de [sus] usuarios, a través de todo su ciclo vital, contribuyendo al desarrollo sostenible de la sociedad*»<sup>39</sup>, que, sin duda, guarda relación con las labores desempeñadas por el accionante como médico cirujano.

Así las cosas, para la Sala se encuentra probado que la prestación de los servicios profesionales por parte del actor en la ESE demandada contó con el elemento de la subordinación y dependencia, lo cual se desprende de los testimonios, interrogatorio de parte y los documentos arrimados al expediente.

En este orden, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad, y probados los elementos de la relación laboral en el asunto *sub examine*, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la demandada utilizó equívocamente la intermediación de una cooperativa de trabajo asociado para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad, en aplicación de los principios constitucionales consagrados en los artículos 13 y 53 superiores, pues el actor atendió funciones inherentes al funcionamiento de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó, en iguales condiciones a las de otros empleados públicos.

En cuanto al carácter temporal o excepcional de la labor contratada, debe precisarse que este requisito también se encuentra desvirtuado, pues en el presente caso las labores de médico cirujano desempeñadas por el

<sup>39</sup> <https://hospitalyolombo.gov.co/quienes-somos>



demandante por más de 5 meses, en forma continua, están referidas a las que de manera sucesiva e ininterrumpida debía adelantar la ESE como propias u ordinarias para su funcionamiento.

Lo anterior permite colegir que las conclusiones a las que arribó el Tribunal de instancia para declarar la existencia de una relación laboral entre las partes cuentan con soporte fáctico, probatorio y jurídico, por lo que, en ese aspecto, se confirmará la sentencia apelada, ya que, se insiste, en el *sub lite* se probaron los tres elementos configurativos de un contrato realidad, quedando demostrado que la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó evadió las obligaciones laborales respecto del demandante, toda vez que ejerció atribuciones propias de un empleador a través de órdenes dirigidas al desempeño de funciones ínsitas de la entidad, que, además, no fueron temporales o excepcionales.

En lo atinente a la extinción de los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de la relación laboral, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016<sup>40</sup>, esta Sección estimó:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual (...)** Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad [se resalta].

Ahora bien, en la mencionada sentencia del 9 de septiembre de 2021<sup>41</sup> de la sección segunda de esta Corporación, sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, se determinó que la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de comprobar si se presentó o no solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala consideró adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre**

<sup>40</sup> Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>41</sup> Expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-16), C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas.





**contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se itera, constituya una «*camisa de fuerza*» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de examinar si hubo o no la ruptura del vínculo que se reputa laboral.

En el asunto *sub judice* se tiene que el *a quo* determinó que la relación laboral inició el 18 de marzo de 2009, por ser esa la fecha en que se suscribió el contrato de realización de procesos y procedimientos entre la ESE y la Cooperativa de Trabajo Asociado y porque para entonces el demandante ya era trabajador asociado de la última, no obstante, como se dejó anotado en líneas anteriores, el contrato de *outsourcing* expresamente previó el inicio de labores desde el 1° de abril de 2009 y no se desprende de ninguna de las pruebas allegadas que el señor Paternina Rozo haya prestado sus servicios de médico cirujano al Hospital San Rafael de Yolombó antes de esa última fecha, por lo que se modificarán los extremos temporales en que se generó el contrato realidad.

Ahora bien, en lo concerniente a la prescripción de los derechos reclamados, como se advirtió en precedencia, la relación de trabajo asociado entre Cooptrasonal y el demandante terminó el 4 de septiembre de 2009 y, por ende, los servicios prestados a la ESE, y como el actor formuló reclamación ante la Empresa Social del Estado y la Cooperativa de Trabajo Asociado el 15 de junio de 2010 (dentro de los 3 años siguientes a la finalización de tales labores contractuales), le asiste derecho a que le sean reconocidos los emolumentos prestacionales derivados de toda la vinculación, al no haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

#### **2.2.4. Restablecimiento del derecho cuando se reconoce la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad.**

El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado esta sección, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado<sup>42</sup>:

Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos

<sup>42</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.



señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.

Para que ello ocurra, se requiere la existencia jurídica del cargo, que se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, a través del acto administrativo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión.

Asimismo, en la controversia *sub judice*, el pago de los derechos económicos laborales reconocidos al actor durante el período del 1° de abril al 4 de septiembre de 2009 procede a título de restablecimiento del derecho, en tal sentido, de acuerdo con las sentencias de unificación, SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016 y SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 de esta sección y la jurisprudencia imperante en esta Sala, se deben tener en cuenta las prestaciones sociales de orden legal percibidas por los servidores públicos de planta de la entidad de igual categoría (médico cirujano) vinculado laboralmente a dicha planta, liquidadas sobre el salario de estos, por lo que la providencia apelada será modificada en el sentido de precisar este aspecto.

En lo referente al pago de las prestaciones sociales, esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016<sup>43</sup>, precisó que *«con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las **ordinarias o comunes** como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización»* [negritas para resaltar]. Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente<sup>44</sup>, aclaró que *«el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración*

<sup>43</sup> Expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01 (316-2014).

<sup>44</sup> Expediente 66001-23-33-000-2013-00091 01 (237-2014).



*de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que **no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal** que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas» [negrillas de la Sala].*

Respecto de las vacaciones, el artículo 8° del Decreto 1045 de 1978 determina que corresponde a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales, al comportar la condición de prestación social y de derecho como expresión de una garantía laboral del artículo 53 superior. Por lo anterior, al declararse la existencia de la relación laboral, procede la compensación del derecho al descanso, en virtud de las previsiones de los artículos 20 del Decreto Ley 1045 de 1978<sup>45</sup> y la Ley 995 de 2005<sup>46</sup>.

De conformidad con el derrotero jurisprudencial expuesto, al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las **prestaciones sociales de carácter legal** que para el momento de los hechos devengaban los trabajadores de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Yolombó y en especial aquellos de planta que laboraban como médicos cirujanos, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.

Por consiguiente, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales **de carácter legal** que serán objeto de liquidación a favor de la parte actora.

---

<sup>45</sup> «Artículo 20°.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente»

<sup>46</sup> «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».



Respecto del pago de una **sanción moratoria** por no haber consignado las cesantías al respectivo fondo, no hay lugar a su reconocimiento, habida cuenta de que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario. Igual destino sigue la pretensión de **indemnización por despido sin justa causa**, preceptuada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la misma está prevista para el contrato de trabajo entre particulares, pero, además, en este proceso no se discute el retiro del demandante, sino el reconocimiento prestacional deprecado a partir de la modalidad del denominado contrato realidad.

### **2.2.5. Sobre la condena en costas**

Sobre la condena en costas, es importante destacar que no procede de manera automática, pues tal como indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, «[...] *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación [...]*».

Dicha interpretación guarda armonía con la concepción misma del Estado social de derecho, puesto que, como lo precisó la Corte Constitucional, en la sentencia T-406 de 1992, con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón, «[...] *el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado [...]*»; y en ese sentido, «*En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta **intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica*».

En el presente asunto, no basta con aplicar la ley procesal general (CGP) en igualdad de condiciones a todos los procesos judiciales, cualquiera que sea su



naturaleza, habida cuenta de que ha de tenerse en consideración que el proceso contencioso-administrativo reviste de una especial naturaleza<sup>47</sup>, máxime cuando las partes que intervienen en él carecen a todas luces de calidades idénticas, por tanto, la intervención del juez no puede reducirse a la aplicación de la ley, sino a la búsqueda del equilibrio entre el interés general, la preservación del orden jurídico y el patrimonio público (por una parte) y la justicia material y la efectividad de los derechos subjetivos en cabeza de los particulares que concurren al proceso (por otra).

Lo anterior, en atención a que *«La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración “la realidad viviente de los litigios”, el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel<sup>5</sup>. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia» (ibidem).*

En el caso concreto, si bien es cierto que la parte demandada fue vencida en el proceso, no es menos que, revisado su proceder a lo largo de la actuación, no se evidencia temeridad o mala fe, sino simplemente la defensa propia de sus intereses, por lo que no se impondrá condena en costas.

---

<sup>47</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 103: *«Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico».*

<sup>5</sup> Alexander Bickel The least dangerous branch, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962



### III. DECISIÓN

En atención a lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia (sala quinta mixta), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, y la modificará en lo concerniente al extremo temporal en que se declaró la relación laboral.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO. - MODIFICAR** el ordinal segundo de la parte resolutive providencia apelada la cual quedara así:

“  
...  
”

**CONDÉNASE** de manera solidaria a la E.S.E. San Rafael de Yolombó y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Nacional –COOPTRASONAL-, a reconocer y a pagar a favor del señor Francisco Miguel Paternina Rozo las prestaciones sociales de orden legal consagradas en el decreto 1042 de 1978, que se derivan de la relación laboral que surgió entre este y la E.S.E. demandada, en el período comprendido entre el 1 de abril y el 4 de septiembre de 2009.

*Para tal efecto se tendrán en cuenta las prestaciones de orden legal percibidas por los servidores públicos de planta de la entidad de igual categoría (médico cirujano) vinculados laboralmente a dicha planta, liquidadas sobre el salario de estos.*

*La totalidad del tiempo laborado se computará para efectos pensionales, debiéndose completar los aportes en el porcentaje que correspondía al empleador, de ser procedente, por las razones expuestas.”*

**SEGUNDO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia del 10 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (sala quinta mixta), que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Francisco Miguel Paternina Rozo, conforme a lo indicado en la parte motiva.

**TERCERO. - Sin condena en costas.**

**CUARTO.-** Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



**No. Interno:** 2802-2022  
**Demandante:** Francisco Miguel Paternina Rozo  
**Demandada:** ESE Hospital San Rafael de Yolombó y otro

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

(Firmado electrónicamente)  
**JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA**

(Firmado electrónicamente)  
**JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR**

(Firmado electrónicamente)  
**CESAR PALOMINO CORTES**