



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

Consejero ponente: Jorge Edison Portocarrero Banguera

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

Radicado : 25000-23-42-000-2019-05345-00
Nº Interno : 3658-2022¹
Demandante : Mabel Cecilia Yepes Aguas
Demandada : Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –
unidad de prestación de servicios de salud Hospital El
Tunal III Nivel²
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho – Ley 1437 de
2011
Tema : Contrato realidad

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la actora (parcial) y la parte accionada contra la sentencia del 26 de agosto de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección D), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda³.

1.1. Pretensiones.

La señora Mabel Cecilia Yepes Aguas, por intermedio de apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para solicitar la nulidad del oficio OJU-E-445-2017 de 23 de marzo de 2017, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Empresa Social del Estado (ESE) negó la existencia de una relación laboral entre las partes.

¹ Las presentes diligencias reposan en el expediente digital contenido en la herramienta electrónica Samai.

² De conformidad con lo previsto en el Acuerdo 641 de 6 de abril de 2016, «por el cual se efectúa la reorganización del sector salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el Acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones», expedido por el concejo de Bogotá, D. C., las Empresas Sociales del Estado Usme, Nazareth, Vista Hermosa, Tunjuelito, Meissen y El Tunal se fusionaron en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Empresa Social del Estado (ESE), creada como una entidad pública descentralizada de carácter distrital, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio público, cuyo objeto principal es la prestación de servicios de salud como parte integrante del sistema general de seguridad social en salud.

³ Índice 2 del Samai.



A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene a la demandada a pagar (i) los salarios causados desde el despido hasta la fecha de presentación de la demanda, junto con los que se causen hasta su reintegro al cargo que ejercía; (ii) las diferencias salariales entre lo sufragado por la entidad a los auxiliares de enfermería de planta y lo que le fue cancelado a través de contratos de prestación de servicios; (iii) las cesantías y sus intereses, las vacaciones, las bonificaciones, los recargos nocturnos, dominicales y festivos y las primas de servicios, navidad, vacaciones y técnica; (iv) los aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensión y ARL; (v) los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente y demás descuentos realizados con cada pago mensual; (vi) la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías de 1999 a 2016 y (vi) los perjuicios morales en cuantía de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Todo lo anterior, indexado con intereses moratorios y las costas procesales.

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

La señora Mabel Cecilia Yepes Aguas laboró de manera constante, ininterrumpida y presencial para el Hospital El Tunal III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, como auxiliar de enfermería, desde el 15 de diciembre de 1999 hasta el 31 de enero de 2015.

Cumplió un horario impuesto por la institución de salud, de 7:00 p. m. a 7:00 a. m., noche de por medio. Para el cumplimiento de las labores desarrolladas no tuvo autonomía, pues acató las órdenes de su jefe inmediato, la coordinadora de enfermería de pediatría.

Las funciones que ejercía eran idénticas a las que desarrollan los auxiliares de enfermería de planta de la institución accionada, quienes devengaban un salario superior, con las prestaciones y beneficios como empleados públicos.

Por medio de escrito de 1º de marzo de 2017, solicitó de la accionada el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales, negado con el acto acusado.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.



De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 126, 209 y 277.

De la Ley 197 de 1938, el artículo 2.

De la Ley 65 de 1946, el artículo 1º.

Ley 4ª de 1990, el artículo 8.

Del CPACA, los artículos 2, 3, 44 y 138.

Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 26 (inciso 2º), 40, 46 y 61.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 21.

Del Decreto 1250 de 1970, los artículos 5 y 71.

Del Decreto 1950 de 1973, los artículos 108, 180, 215 y 240 a 242.

Las Leyes 10 y 50 de 1990, 100 de 1993 y 790 de 2002

Los Decretos 1333 de 1986, 1453 y 1582 de 1998

La parte demandante sostuvo que la forma jurídica de su vinculación a la entidad no debió ser a través de unas órdenes de prestación de servicios o por intermedio de cooperativa de trabajo asociado, sino por acto administrativo que implicara una relación legal y reglamentaria.

Que el oficio censurado negó el pago de las prestaciones sociales adeudadas con el argumento de la existencia de contratos de prestación de servicios al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin tener en cuenta que se presentaron los elementos de la relación laboral, lo que naturalmente la convierte en una servidora pública.

Que trabajó bajo la continuada subordinación y dependencia de un servidor de planta de la ESE demandada, la señora Aura María Vélez, jefe de enfermería de la unidad de cuidados intensivos neonatal, de quien recibía llamados de atención y órdenes verbales y escritas sobre el modo como debía desempeñar su trabajo, además, que establecía el horario de trabajo en iguales condiciones que las auxiliares de enfermería de planta.

Concluyó que se configuraron los elementos de una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios como auxiliar de enfermería de manera personal, para lo cual recibió una remuneración y laboró bajo subordinación y dependencia de la accionada, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento de dicha relación y el consecuente pago de prestaciones sociales.



2. Contestación de la demanda⁴.

La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda. Aseveró que no existió relación laboral por cuanto suscribió contratos de «*arrendamiento de servicios personales de carácter privado*» y de prestación de servicios con la demandante, con lo que se evidencia que, de la naturaleza de estas vinculaciones, no se desprende una relación de subordinación ni dependencia para el desarrollo de la actividad contratada. De igual modo, en reiteradas decisiones del Consejo de Estado se advierte que en lo referente a la prestación al servicio de salud, este debe realizarse de forma complementaria entre médicos, jefes y auxiliares, con el único fin de ser satisfecho cabalmente.

Afirmó que el contrato de prestación de servicios no se encuentra regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no es dable alegar despidos sin justa causa y mucho menos el pago de prestaciones sociales, si su naturaleza no admite su existencia.

Que la actora contó con total autonomía y libertad para desarrollar las actividades para las que fue contratada, según sus aptitudes, calidades y nivel de formación. En lo que respecta a la supervisión, la entidad contratante dispuso de apoyo, en aras de verificar y velar porque la actividad contractual se adelantara con normalidad.

Como excepciones propuso las que denominó: prescripción, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, la relación contractual con la actora no era de naturaleza laboral, compensación, oposición, inexistencia de perjuicios, improcedencia de la indemnización solicitada y cosa juzgada.

3. La sentencia de primera instancia⁵.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección segunda, subsección D), mediante sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (sin condena en costas). En consecuencia,

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ib.*



declaró la existencia de la relación laboral entre las partes por el período comprendido entre el 8 de octubre de 2013 y el 31 de marzo de 2015 y condenó a la ESE demandada a que (i) cancelara a la actora las prestaciones sociales de orden legal, tomando como base los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios por el interregno señalado; y (ii) realizara los aportes para pensión al fondo de pensiones y los de salud a la entidad prestadora correspondiente, en los porcentajes que le atañe como empleadora, desde el 4 de enero de 1999 hasta el 31 de marzo de 2015, teniendo en cuenta las interrupciones presentadas, solamente si existe diferencia entre los aportes realizados por la contratista y los que debió cotizar dicha entidad.

Consideró que se probó la subordinación, elemento determinante en este caso, para que se pudiera predicar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta con los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes. En tal sentido, en cuanto al cumplimiento de un horario laboral, en el interrogatorio de parte, refirió que estaba comprendido desde las 7:00 p. m. a las 7:00 a. m. e igualmente en los testimonios recaudados.

Que el acervo probatorio conlleva tener como acreditada la relación laboral, al suscribirse varios contratos de prestación de servicios profesionales por el lapso superior a 15 años (con dos interrupciones de más de 15 días hábiles), para realizar las funciones propias de la entidad, cuya labor fue desarrollada en forma subordinada, ya que cumplía tales funciones sin autonomía ni independencia, además de que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, por regla general, se presume el elemento de la subordinación y dependencia en el trabajo de un auxiliar de enfermería.

Respecto del fenómeno de la prescripción, sostuvo que su contabilización se da a partir de la primera fecha en la que culminó la relación contractual con la entidad (31 de agosto de 2013) y, por ende, la demandante contaba hasta el 31 de agosto de 2016 para presentar la reclamación administrativa, pero lo hizo el 1º. de marzo de 2017; por consiguiente, se configuró la prescripción de las prestaciones causadas con anterioridad al 31 de agosto del 2013.

4. Los recursos de apelación⁶.

⁶ *Ib.*



4.1. La **parte actora** interpuso recurso de apelación (parcial). Aseveró que le asiste derecho al pago de todos los derechos laborales causados entre el 4 de enero de 1999 y el 31 de marzo de 2015, por cuanto, en virtud de los principios de favorabilidad e integración normativa, debe aplicársele lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, según el cual los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa días; en tal sentido, ella prestó sus servicios en forma ininterrumpida, por lo que, hipotéticamente hablando, esos períodos en los que no aparece formalidad de la vinculación, no fueron más que suspensiones por decisión unilateral de la accionada, que de ninguna manera inciden para que se decrete la prescripción.

Por otro lado, que la liquidación de las prestaciones debe realizarse tomando como base lo devengado por una auxiliar de enfermería de planta, en el mismo interregno por ella trabajado.

4.2. La **ESE demandada** solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Alegó que no se configuró el elemento de la subordinación y dependencia ínsito en una relación laboral, habida cuenta de que no se acredita con el mero cumplimiento de horario o el simple hecho de recibir instrucciones. Por consiguiente, la accionante prestó sus servicios a la entidad ejecutando las actividades descritas en cada uno de los contratos de prestación de servicios, sin sujeción a control disciplinario, fiscal o penal.

Sumado a lo anterior, que al comportar los testimonios una de las pruebas determinantes en la decisión apelada, se insiste en su tacha, puesto que las declarantes tenían un interés en relación con la accionante, según causal prevista en el artículo 211 de la Código General del Proceso (CGP).

5. Alegatos de conclusión.

En auto de 3 de marzo de 2023, el despacho sustanciador admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada y, en virtud del numeral 5 del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, no se corrió traslado a las partes para alegar⁷.

⁷ Samai, índice 4.



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 150 del CPACA. De igual forma, según el artículo 328 del CGP⁸, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación, a menos que, como ocurre en este caso, ambas partes hayan apelado, por lo que el superior resolverá sin limitaciones.

2.2. Problema jurídico.

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por la actora (parcial) y la ESE accionada, la Sala determinará si a la demandante le asiste el derecho para reclamar de la Subred Integrada de Salud Sur ESE el pago de las prestaciones sociales no devengadas y las diferencias salariales durante el tiempo que permaneció vinculada como contratista y por medio de cooperativa de trabajo asociado, en aplicación del principio de «*primacía de la realidad sobre formalidades*»; o, por el contrario, esos tipos de vínculo se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

Para resolver el anterior problema jurídico la Sala desarrollará los siguientes temas: 2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad y de las cooperativas de trabajo asociado; 2.2.2. Hechos relevantes probados; 2.2.3. Caso concreto y 2.2.4. Alcance del restablecimiento del derecho cuando se reconoce la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad.

⁸ «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».



2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad y de las cooperativas de trabajo asociado.

En primer lugar, en relación con el **contrato realidad**, 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 1968⁹, «[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», 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

⁹ Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.



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 laborales¹⁰.

¹⁰ 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).



De igual manera, la subsección B de esta sección segunda¹¹ 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*.

En segundo lugar, en lo que respecta a **las cooperativas de trabajo asociado**, la Ley 79 de 1988, «[p]or 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, «[p]or 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

¹¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (316-2014).



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 2016¹², 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 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 asociado¹³. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica¹⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo T-442 de 13 de julio 2017¹⁵, reiteró:

[...] si durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente

¹² 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).

¹³ «Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, que reglamentan la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado».

¹⁴ «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».

¹⁵ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo



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 cooperativo¹⁶.

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.

2.2.2. Hechos probados

i) La accionante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel, de manera personal e interrumpida, desde el 4 de enero de 1999 hasta el 31 de marzo de 2015, en virtud de los siguientes contratos de prestación de servicios¹⁷:

Contratos de prestación de servicios	Inicio	Finalización
SAC-TH 405	04/01/1999	03/07/1999
SAC-TH 967	04/07/1999	31/12/1999
175	03/01/2000 ¹⁸	30/04/2000
1038	02/05/2000 ¹⁹	30/09/2000
Interrupción de 9 días hábiles		
1617	13/10/2000	31/12/2000
232	01/01/2001	30/08/2001
1636	01/09/2001	31/10/2001
Interrupción de 2 días hábiles		

¹⁶ « 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».

¹⁷ Índice 2 del Samai, contenido del expediente digital en primera instancia.

¹⁸ No hubo interrupción, en la medida en que los días 1º. y 2 de enero de 2000 no fueron días hábiles.

¹⁹ *Ibidem*, respecto del 1º. de mayo de 2000.



2186	06/11/2001	30/11/2001
Interrupción de 7 días hábiles		
2695	12/12/2001	31/12/2001
Interrupción de 1 año calendario (durante el cual se le efectuó descuento del ICA, igual que los demás períodos en que trabajó mediante contratos de prestación de servicios)		
598	02/01/2003 ²⁰	31/03/2003
Interrupción de 4 años y 9 meses calendario (período laborado por medio de la cooperativa de trabajo asociado UCINCOOP CTA)		
172	02/01/2008 ²¹	29/02/2008
Interrupción de 18 meses y 1 día calendario (del 1º. de marzo de 2008 al 16 de febrero de 2009 la actora trabajó a través de la cooperativa de trabajo asociado Promoviendo CTA, con lo que queda de interrupción 6 meses y 22 días calendario)		
1076	02/09/2009	28/02/2010
332	01/03/2010	31/01/2011
130	01/02/2011	31/01/2012
380	01/02/2012	31/12/2012
341	01/01/2013	31/08/2013
Interrupción de 26 días hábiles		
1802	08/10/2013	07/01/2014
428	08/01/2014	31/03/2015

ii) Los anteriores tiempos también están ratificados en la certificación de julio de 2017, suscrita por la profesional especializada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE²².

iii) En el interregno del 1º. de enero al 31 de diciembre de 2002, a la actora se le efectuaron los descuentos bimensuales correspondientes al impuesto ICA, propio de los contratos de prestación de servicios. En los demás lapsos laborados con ese vínculo igualmente se le realizó ese descuento, con lo que se infiere que aquel período fue trabajado en esa modalidad. Al respecto, se tienen los certificados por los años 2003 (enero a marzo), 2008 (enero y febrero), 2009 (septiembre a diciembre), 2010 a 2014 y 2015 (enero a marzo)²³.

²⁰ *Ib.* frente al 1º. de enero de 2003.

²¹ *Ib.*, en el año 2008.

²² Índice 2 del Samai, contenido del expediente digital en primera instancia.

²³ *Ibidem.*



iv) A la demandante se le efectuó retención en la fuente por los contratos de prestación de suscritos con la ESE accionada durante los años 2003, 2005, 2008 a 2010 y 2012 a 2015²⁴.

v) La accionante laboró en la mencionada institución de salud y en igual cargo, mediante acuerdo cooperativo, durante los siguientes interregnos²⁵:

Cooperativa de trabajo asociado	Inicio	Finalización
UCINCOOP CTA	01/04/2003	31/12/2007
PROMOVIENDO CTA	01/03/2008	16/02/2009

vi) Al expediente se allegaron las carpetas contractuales por los años 1999 a 2001, 2003 y 2009 a 2014, en las que constan los contratos de prestación de servicios de cada anualidad, la hoja de vida de la actora con sus soportes, certificados de disponibilidad presupuestal, entre otros documentos²⁶.

vii) La demandante cumplió con los turnos para la prestación de los servicios a cargo de las auxiliares de enfermería de la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel, asignados por las enfermeras jefes que fungían como sus superiores²⁷.

viii) Declaración rendida por las señoras Adriana Cañón Rojas, Mari Luz Iguavita Valdés y Sandra Patricia Escárraga y el interrogatorio de parte de la accionante sobre los hechos objeto de controversia²⁸.

Actuación administrativa

Escrito de 1º. de marzo de 2017, por medio del cual la actora solicitó del gerente de la Subred Integrada de Salud Sur ESE el reconocimiento de una relación laboral por su desempeño como auxiliar de enfermería y el consecuente pago de prestaciones sociales, negado a través de oficio OJU-E—445-2017 de 23 de marzo siguiente²⁹.

2.2.3. Caso concreto

²⁴ *ib.*

²⁵ *ib.*

²⁶ *ib.*

²⁷ *ib.*

²⁸ *ib.*

²⁹ *ib.*



De acuerdo con el devenir fáctico de la actuación, se tiene acreditado que, contrario a lo concluido por el Tribunal de instancia, la señora Mabel Cecilia Yepes Aguas se vinculó con la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel durante varios períodos: desde el 4 de enero de 1999 hasta el 31 de marzo de 2003, del 2 de enero al 29 de febrero de 2008 y entre el 2 de septiembre de 2009 y el 31 de marzo de 2015, como auxiliar de enfermería, con un total de dieciocho contratos de prestación de servicios, los que fueron ejecutados de manera personal e ininterrumpida en esos lapsos. Al respecto, se advierte que en los interregnos del 1º. de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2007 y desde el 1º. de marzo de 2008 hasta el 16 de febrero de 2009, ella suscribió varios contratos asociativos de trabajo con las cooperativas de trabajo asociado Ucincoop CTA y Promoviendo CTA, respectivamente, para laborar al interior de dicha institución de salud, sin distinción de lo que venía realizando a través de los vínculos contractuales. Así, únicamente del 17 de febrero al 1º. de septiembre de 2009 no se acreditó vinculación alguna, por lo que existió una interrupción de 6 meses y 22 días calendario.

Lo anterior, en atención a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021³⁰ dictada por esta sección, que fijó, entre otras, la regla de «[...] *un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario*», que debe aplicarse en los asuntos como el de la referencia.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 167 del CGP, aplicable por la remisión expresa del 306 del CPACA, «*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 las actuaciones necesarias para conducir al juez a dicho convencimiento y, para tal propósito, aportar los elementos probatorios a que haya lugar, los que serán valorados de acuerdo con las reglas de la sana crítica

³⁰ Expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).



A partir de ese entendimiento, como se evidencian interrupciones de 9, 2, 7 y 26 días hábiles, además de la indicada de 6 meses y 22 días calendario, solo esta última implica la ruptura del vínculo contractual, si se tiene en cuenta que una vez culminado el contrato de prestación de servicios 598 (31 de marzo de 2003) al día siguiente (1º. de abril de 2003) inició el contrato asociativo con la cooperativa de trabajo asociado Ucincoop CTA, así como a la finalización del contrato de prestación de servicios 172 (29 de febrero de 2008) comenzó la vinculación de igual naturaleza asociativa con Promoviendo CTA (1º. de marzo de 2008).

No obstante, como se indicó en precedencia, en el interregno trascurrido desde el 17 de febrero hasta el 1º. de septiembre de 2009 no se aportó prueba alguna que acreditara algún tipo de vinculación, sino que el planteamiento de la alzada concierne a que hubo una relación ininterrumpida y que de ello dan cuenta los testimonios recaudados, los que no fueron precisos en ese específico punto, pues no otorgan detalles puntuales respecto de las fechas en las que laboró la accionante, especialmente en el año 2009 cuando se dio una interrupción de más de 6 meses y, por lo tanto, le correspondía a ella cumplir con la carga probatoria y otorgarle al juez todos los elementos de prueba que lo llevaran a ese convencimiento, lo que no ocurrió.

Sumado a lo anterior, debe precisarse que, conforme lo concluyó el Tribunal de instancia, para el período comprendido del 1º. de enero al 31 de diciembre de 2002, si bien no fue aportado un contrato de prestación de servicios que diera cuenta de una vinculación contractual por ese interregno, de las pruebas se desprende que en esa anualidad, igual que otras en las que también se le contrató con igual modalidad, se le descontó el impuesto ICA bimensual, lo que lleva a inferir que en el mencionado año se mantuvo ese tipo de contratación.

Sobre el particular, cabe destacar que el análisis que desde el punto de vista constitucional se realiza en estos casos, denominados «*contrato realidad*», implica una valoración frente a las reales circunstancias en las que se ejecutó el objeto contractual, sin que exista una tarifa legal en dicho ejercicio judicial, es decir, no se han establecido reglas estrictas e inamovibles para acreditar la existencia de la mencionada relación, sino que se acude a la sana crítica con



el propósito de ponderar todos los medios probatorios suministrados por las partes al interior del proceso.

Amén de lo anotado, en este tipo de escenario prevalecen los principios de favorabilidad y *pro homine* laborales, en virtud de los cuales a la situación del trabajador debe aplicársele la norma más protectora, más favorable y con una interpretación con sentido tutelar. En efecto, en armonía con el mandato de *in dubio pro operario*, al existir dudas en la interpretación de una misma disposición, sobre su significado o alcance, debe elegirse la que mejor tutele la situación de la persona.

Las anteriores precisiones, aplicadas al caso *sub examine* llevan a concluir, como lo hizo el Tribunal de instancia, que si bien la actora no aportó un contrato de prestación de servicios para el año 2002, lo cierto es que se allegó al proceso la certificación de descuentos por el impuesto ICA, al igual que otros años, todo lo cual evidencia que no existen interrupciones en la prestación del servicio y que, sin perjuicio de los dieciocho contratos suscritos con dos convenios asociativos de trabajo, tampoco hubo solución de continuidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, **en primer lugar**, se examinará la configuración de los elementos de la relación laboral frente a las vinculaciones contractuales de la accionante con la ESE demandada, que se dieron en tres períodos: (i) 4 de enero de 1999 a 31 de marzo de 2003, (ii) 2 de enero a 29 de febrero de 2008 y (iii) 2 de septiembre de 2009 a 31 de marzo de 2015, pues recuérdese que entre el 1º. de abril de 2003 y el 31 de diciembre de 2007 y del 1º. de marzo de 2008 al 16 de febrero de 2009 ella suscribió convenios asociativos de trabajo con Ucincoop CTA y Promoviendo CTA.

Los contratos de prestación de servicio tuvieron como objeto que la «*contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERÍA en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera*»³¹.

En tal sentido, se encuentra acreditado que la señora Mabel Cecilia Yepes Aguas prestó de manera **personal el servicio** como quiera que fue contratada directamente por la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de

³¹ Información tomada del contrato de prestación de servicios 380 de 2012, similar a la que establecen los demás contratos, todo ello visible en el índice 2 del Samai que contiene el expediente digital en primera instancia.



prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel para que realizara labores de auxiliar de enfermería, es decir, dicha actividad fue ejecutada por ella y no por otra persona, lo que se halla demostrado con los contratos y las demás pruebas recaudadas (documentos, testimonios e interrogatorio de parte).

En lo concerniente a la **contraprestación económica**, según los contratos allegados, se observa que percibió unos honorarios, en contraprestación por los servicios prestados como auxiliar de enfermería, que eran pagados de manera mensual, conforme a la suma acordada en cada contrato. Así, está comprobada la remuneración como segundo elemento de la relación laboral.

Respecto de **la subordinación y dependencia**, se configuró este elemento por cuanto se probó que la labor que la señora Mabel Cecilia Yepes Aguas desempeñó en la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel era de auxiliar de enfermería, sin autonomía ni independencia, lo que se deduce, por un lado, de los contratos de prestación de servicios suscritos, pues entre sus obligaciones se desprende que ella debía contar con plena disposición para laborar en las condiciones y el lugar señalado por la institución de salud, así como debía dar cumplimiento al cronograma de actividades que se le suministrara y en los horarios que se establecieran, entre otras; y, por otro, con el testimonio de las señoras Adriana Cañón Rojas, Mari Luz Iguavita Valdés y Sandra Patricia Escárraga, quienes coincidieron en afirmaciones como que la actora cumplía horario que les *«cambiaban [...], entonces a veces ella [la demandante] estaba también en la tarde, o a veces [...] hacía turnos de 1 a 7 de la noche, también en el turno de la noche de 7 a 7 [...] de domingo a domingo. El horario lo fijaban los jefes, los coordinadores del servicio»*, tiempos que no podían cambiarse a gusto de la contratista. Respecto de la existencia de una jefe o alguien que ejerciera control acerca del cumplimiento de las funciones y del horario, concordaron en varios nombres como María Vélez, Diana Soto y Yanira Rengifo.

Por su parte, en su interrogatorio de parte, la actora indicó que, en términos generales, las funciones que ejerció como auxiliar de enfermería fueron *«recibo y entrega de turno y cumplir el horario, eran rotativos los turnos, primero empecé de noche, recibíamos turno de 7 de la noche a 7 de la*



mañana. Cumplíamos órdenes médicas como toma de signos vitales y toma de laboratorio de los pacientes y registrábamos las notas de enfermería, en 1999 empezamos el registro manual, siempre he trabajado en el área de recién nacidos, lavábamos las incubadoras cada 8 días, el aseo recurrente diario de cada paciente y se cumplían las órdenes médicas». En todas las declaraciones se especificó que a la accionante se le suministraban los elementos de trabajo.

Así las cosas, para la Sala se encuentra probado que la prestación de los servicios profesionales por parte de la demandante en la entidad contó con el elemento de subordinación y dependencia, lo cual se desprende de las pruebas testimoniales, el interrogatorio de parte y los documentos arrimados al expediente.

Esta Corporación, en sentencia del 21 de abril de 2016³², sostuvo que la subordinación en la función desempeñada por las enfermeras se presume, en tanto no es posible hablar de autonomía cuando de ellas se trata. No obstante, señaló que esto no impide que en algunos casos las enfermeras puedan actuar de manera independiente, situación que deberá probar la entidad demandada con el fin de desvirtuar la aludida presunción.

De conformidad con lo expuesto, es dable deducir que la labor de las enfermeras por regla general se enmarca en una verdadera relación laboral; por consiguiente, en el presente asunto la aludida presunción se encuentra demostrada.

En este orden, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, 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 la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual 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, pues la demandante atendió funciones inherentes al cargo de auxiliar de

³² Expediente 13001-23-31-000-2012-00233-01 (2820-14), C. P. Gabriel Valbuena Hernandez.



enfermería de manera subordinada, en iguales condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la institución.

En cuanto al carácter temporal o excepcional de la labor contratada, debe precisarse que este requisito también se encuentra desvirtuado, pues en la presente controversia las tareas desempeñadas por la demandante como auxiliar de enfermería están referidas a las que en forma sucesiva e ininterrumpida debía adelantar la Subred Integrada de Salud Sur ESE como propias u ordinarias, por cuanto en ningún momento se demostró que ella desarrollara labores distintas a las asignadas al personal de enfermería de planta.

Así mismo, se acreditó en el plenario que la vinculación de la demandante se llevó a cabo sin solución de continuidad, por espacio de más de quince años a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios con la misma persona e igual objeto contractual, sin autonomía e independencia.

Lo anterior permite colegir que en el *sub lite*, se insiste, se probaron los tres elementos configurativos de un contrato realidad, quedando demostrado que la Subred Integrada de Salud Sur ESE evadió las obligaciones laborales respecto de la demandante, toda vez que ejerció atribuciones propias de un empleador a través de órdenes dirigidas al desempeño de funciones ínsitas de la institución, que, además, no fueron temporales o excepcionales.

Ahora bien, **en segundo lugar**, resulta necesario establecer si durante los interregnos en los que la accionante laboró bajo la figura del contrato asociativo de trabajo se configuró también una relación laboral con la institución de salud.

De conformidad con el marco jurídico que antecede, frente a los lapsos en los que la demandante estuvo contratada por cooperativa de trabajo asociado, se encuentran acreditados los tres requisitos fundamentales, que se dejaron plasmados en el acápite anterior de esta providencia, para que se desdibuje esa modalidad de vinculación, puesto que la ESE demandada contrató a las cooperativas de trabajo asociado Ucincoop CTA y Promoviendo CTA con el fin de que realizaran una actividad que corresponde efectuarla a esa entidad estatal; y, según las certificaciones y declaraciones recaudadas, la actora trabajó bajo órdenes y supervisión del contratante en la labor de auxiliar de



enfermería, propia del objeto de la institución de salud.

Sobre la configuración del denominado contrato realidad, resulta oportuno anotar que, en el caso de la cooperativa de trabajo asociado, la vinculación de la actora fue por convenio asociativo de trabajo, cuyo objeto era desempeñarse como auxiliar de enfermería, conforme lo requirieran las necesidades del servicio en la ESE accionada.

Por consiguiente, resulta reprochable cuando las entidades públicas contratan a un tercero para que a su vez vincule a personas naturales que prestan sus servicios en tales instituciones con el disfraz de relaciones contractuales o comerciales, cuando lo cierto es que en la práctica se configuran los elementos de la relación laboral. Para llegar a esta conclusión, debe probarse tanto el vínculo de la persona natural con el denominado tercero como el de este con la entidad pública, con lo cual se estructura la relación triangular que resulta ser cuestionable por esta jurisdicción, además del desconocimiento de las exigencias y reglas legales que prevén las normas en la materia.

Frente a esa labor como auxiliar de enfermería, en el *sub lite* se probó que no ejerció sus funciones de manera independiente, sino que estaba sometida a las órdenes de superiores (servidores de planta de la entidad) y los horarios de funcionamiento de la entidad; amén de que su labor fue permanente y constante, pues comenzó a trabajar el 4 de enero de 1999 y culminó el 31 de marzo de 2015, es decir, por más de 15 años, dentro de los cuales por intermediación de la cooperativa de trabajo asociado fue desde el 1º. de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2007 y del 1º. de marzo de 2008 al 16 de febrero de 2009.

Acerca de este aspecto, 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 2015³³, el objeto social de las cooperativas de trabajo 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*

³³ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo».



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 consiguiente, se tienen como incumplidas las previsiones que regulan la operación y funcionamiento de las cooperativas de trabajo asociado y la posibilidad de que sus trabajadores en misión desarrollen labores de manera permanente bajo la continua subordinación y dependencia de la que sería la empresa usuaria.

En tal sentido, como las pruebas aportadas no distinguen los lapsos contractuales de los interregnos con la cooperativa de trabajo asociado, sino que valoradas en su conjunto se evidencia que hubo continuidad en la prestación del servicio, sin autonomía ni independencia, no hay duda para esta Corporación acerca de la configuración de la relación laboral por los períodos establecidos al inicio de este acápite, los que fueron acreditados, esto es, del 4 de enero de 1999 al 16 de febrero de 2009 y desde el 2 de septiembre de 2009 hasta el 31 de marzo de 2015, que incluye los de las cooperativas de trabajo asociado, por lo que la sentencia apelada será modificada en este aspecto.

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 2016³⁴, 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

³⁴ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad [se resalta].

Ahora bien, en la mencionada sentencia del 9 de septiembre de 2021³⁵ 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 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 la parte demandante formuló reclamación ante la entidad el 1º de marzo de 2017 y el vínculo se desarrolló en dos períodos, el primero de ellos culminó el 16 de febrero de 2009, frente al que transcurrieron ampliamente más de tres años y, por ende, las prestaciones a que tendría derecho por este interregno están prescritas; por otro lado, en lo atinente al segundo lapso, culminado el 31 de marzo de 2015 y en atención a que transcurrió 1 año y 11 meses, le asiste derecho a que le sean reconocidos los emolumentos prestacionales derivados de este período (2 de septiembre de 2009 a 31 de marzo de 2015), por cuanto no existieron interrupciones mayores a 30 días hábiles, según la aludida regla jurisprudencial prevista en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021³⁶.

En conclusión, esta Sala tiene como probada la relación laboral entre la accionante y la ESE demandada, toda vez que por medio de contratos de prestación de servicios se desdibujó esta figura contractual y se configuraron los elementos propios de aquella relación. Así mismo, durante el tiempo en que ella estuvo vinculada con contratos asociativos de trabajo a las cooperativas de trabajo asociado Ucincoop CTA y Promoviento CTA, como

³⁵ Expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-16), C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

³⁶ *Ibidem*, según la cual «[...] un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario».



empleada en misión ante la ESE, también se consolidó la referida relación laboral, dado que, por un lado, se desconocieron las reglas propias de este tipo de instrumentos laborales y, por otro, a pesar de ser una trabajadora en misión, en la realidad quien fungía como empleador era la accionada y no dicha empresa, período, además, en el que, según se acreditó, las condiciones de tiempo, modo y lugar, en que la actora laboró, no variaron por su vínculo de trabajo con dichas cooperativas.

Así las cosas, en cuanto a la existencia de la relación laboral entre las partes, se confirmará la sentencia que accedió a la nulidad del acto acusado, pero con modificación del interregno en que se desarrolló.

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 Estado³⁷:

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

En la controversia *sub judice*, el pago de los derechos económicos laborales reconocidos a la actora durante el período del 2 de septiembre de 2009 al 31 de marzo de 2015 (pues recuérdese que los derivados del primer interregno laborado están prescritos) 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

³⁷ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.



cuenta las prestaciones sociales de orden legal percibidas por los servidores públicos de planta de la entidad de igual categoría (auxiliar de enfermería) 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 a que tiene derecho la accionante, como consecuencia de la nulidad del acto acusado, según se determinó en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 de la sección segunda de esta Corporación, la clasificación de dichas prestaciones depende de quién 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 en forma dineraria por el sistema de seguridad social integral. Dentro de las prestaciones que están a cargo directamente del empleador **se encuentran las ordinarias o comunes**, como son, entre otras, las primas, las bonificaciones y las cesantías; por otra parte, las prestaciones sociales que se hallan a cargo del sistema integral de seguridad social son la salud, la pensión y los riesgos profesionales, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

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 1978³⁸ y la Ley 995 de 2005³⁹.

Por consiguiente, le corresponderá a la entidad accionada, al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales

³⁸ «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»

³⁹ «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».



que serán objeto de liquidación a favor de la parte actora, teniendo en cuenta precisamente la anterior claridad respecto de su origen, esto es, que sean las que legalmente recibe un auxiliar de enfermería de planta, sin que con ello se le dé tal categoría a la demandante.

En lo concerniente al **trabajo suplementario**, en el expediente no existe prueba de su causación, por lo que no puede establecerse su cantidad exacta y tampoco es dable determinar si se trató de trabajo extra diurno o nocturno. En tal sentido, resultaba necesario que la interesada demostrara que en efecto laboró tiempo extra, si fue de día o de noche, si existió compensación o no y, lo más importante, si se le autorizó para tal efecto, pero no lo hizo. Al respecto, se advierte que, contrario a lo pretendido por la accionante, no bastaba con aportar copia de los cuadros de turnos, puesto que de allí no se desprenden los requisitos indispensables para el reconocimiento de esos emolumentos.

En cuanto a la **sanción moratoria**, ya que el reconocimiento y pago de las cesantías surge solo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, no podría reclamarse esa sanción, como quiera que apenas en virtud de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la Administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de pago de la sanción moratoria solo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento del aludido auxilio de cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

En lo relacionado a la **devolución de los aportes efectuados por la demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de esta Sala⁴⁰, esos recursos del sistema integral de seguridad social tienen la naturaleza de parafiscales, son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente a la interesada y, por ende, la

⁴⁰ Contenido en las sentencias de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016 (expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 [88-2015]) y SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021 (expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 [1317-2016]).



orden de que la accionada «realice los aportes para salud a la entidad prestadora de salud, en el porcentaje que le corresponda, como empleador, durante los períodos realmente trabajados entre desde el 4 de enero de 1999 al 31 de marzo del 2015, teniendo en cuenta las interrupciones anotadas en la parte considerativa, solamente si existe diferencia entre los aportes realizados por la contratista y los que debió cotizar dicha entidad [...]» será reformada, por cuanto, de acuerdo con la tercera regla establecida en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021⁴¹, lo sufragado por la accionante al sistema general de seguridad social en salud no le será devuelto y, por tratarse de un riesgo ya superado (la asegurabilidad en salud), no hay lugar a cotización, como sí existe respecto de los aportes pensionales.

En cuanto a la pretensión de reembolso de las sumas descontadas por concepto de **retención en la fuente** y otros descuentos contractuales, esta subsección ya se ha pronunciado al respecto⁴², en el sentido que no es dable acceder a ella, puesto que es derrotero de esta Corporación⁴³ que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para ventilar tales súplicas, dado que la retención en la fuente reviste un cobro anticipado de un impuesto, esto es, un concepto tributario, que desborda el objeto de la controversia laboral

En lo atinente a los **perjuicios morales** reclamados en el libelo introductorio, la Sala evidencia que no fueron acreditados dentro del proceso, por lo que no hay lugar a su reconocimiento.

Sobre la condena en costas

Con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

⁴¹ «frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».

⁴² Sentencia de 1º de noviembre de 2018, expediente 25000-23-42-000-2012-01454-01 (2550-16), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁴³ Providencia de 13 de junio de 2013, expediente: 05001-23-31-000-2003-03741-01 (42-13).



En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo, en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse; y ii) valorativo, en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Como quiera que la Sala no observa en la actuación de la parte demandada que haya estado prevalida de actos temerarios que evidencien mala fe, no impondrá condena en costas en esta instancia.

III. DECISIÓN

En atención a lo anterior, la Sala confirmará parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda, con las modificaciones indicadas anteriormente.

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 tercero de la parte resolutive de la providencia el cual quedara así:

“

DECLARAR la existencia de una relación laboral entre la señora Mabel Cecilia Yepes Aguas y la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel que transcurrió desde el 4 de enero de 1999 hasta el 16 de febrero de 2009 y del 2 de septiembre de 2009 al 31 de marzo de 2015.”

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 4 de la parte resolutive de la providencia apelada la cual quedara así:

“

CONDENAR a la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel, a reconocer y pagar a favor de Mabel Cecilia Yepes Aguas, identificada con C.C. 64.553.095, las



prestaciones sociales causadas del 2 de septiembre de 2009 al 31 de marzo de 2015, conforme lo expuesto en precedencia. 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 (auxiliar de enfermería) vinculados laboralmente a dicha planta, liquidadas sobre el salario de estos

Frente al periodo comprendido desde el 4 de enero de 1999 hasta el 16 de febrero de 2009 operó la prescripción, de acuerdo a lo indicado en precedencia.”

TERCERO: REVOCAR el ordinal sexto del fallo impugnado, conforme a lo indicado en la motivación.

CUARTO. - ADICIONAR el ordinal 13 a la sentencia recurrida el cual es del siguiente tenor:

“...
“

DECIMO TERCERO: DECLARAR la prescripción del periodo laborado del 4 de enero de 1999 al 16 de febrero de 2009, excepto en relación con los aportes pensionales, según las consideraciones.”

QUINTO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección D de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda promovida por la señora Mabel Cecilia Yepes Aguas contra la Subred Integrada de Salud Sur ESE – unidad de prestación de servicios de salud Hospital El Tunal III Nivel, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - Sin condena en costas en esta instancia.

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

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
CÉSAR PALOMINO CORTÉS