



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintitrés (23) de octubre de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO.

Expediente: 19001-33-33-009-2017-00462-01  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ADRIANA MARÍA CARABALÍ CAICEDO  
Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – E.S.E. NORTE PUERTO TEJADA Y OTROS.

SENTENCIA No. 134

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en contra de la Sentencia No. 091 del 30 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I.- ANTECEDENTES.**

**1.1.- Demanda<sup>1</sup>.**

La señora Adriana María Carabalí Caicedo, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la ESE NORTE 3 PUERTO TEJADA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SALUD NORTE DEL CAUCA - SINTRASALUD, solicitando que se declare la nulidad del acto configurado ante el silencio negativo configurado el 30 de junio de 2016, con el que reclamó la existencia de un contrato realidad entre la ESE NORTE y solidariamente contra SINTRASALUD.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia de una relación laboral y se ordene el pago por concepto de diferencia salarial y de prestaciones sociales que le adeudarían desde el 1 de octubre de 2007 al 31 de enero de 2016.

**1.1.1.- Supuestos fácticos.**

Relata la demandante que prestó sus servicios a la E.S.E. NORTE 3 PUERTO TEJADA, como auxiliar de enfermería durante los siguientes períodos:

- Entre el 1 de octubre de 2007 al 29 de febrero de 2008, a través del contrato suscrito con la Cooperativa de Trabajo Asociado P.S.P.
- Entre el 1 de marzo de 2008 hasta el 30 de junio de 2011, celebró contratos a través de VISIÓN SALUD C.T.A.
- Entre el 1 de julio de 2011 hasta el 31 de enero de 2013, celebró contratos de forma directa con el Hospital E.S.E. Norte 3 de Puerto Tejada, Cauca.
- Entre el 1 de enero de 2013 al 31 de enero de 2016, a través de contratos suscritos con SINTRASALUD NORTE DEL CAUCA.

---

<sup>1</sup> Expediente digital, carpeta 01PrimeraInstancia, archivo “02Demanda”.

Expuso que recibió órdenes de la jefe de enfermería de su servicio, con quien también tuvo algunas disputas por no respetar sus días de descanso; que recibía llamados y comunicados para dar cumplimiento a sus horarios y laboró horas extras que no le fueron reconocidas.

Aseguró que debido a las múltiples demandas la CTA Visión Salud, desapareció de la vida jurídica y que conforme lo expuesto y las pruebas aportadas, logra probar que existió una relación de subordinación y dependencia, así como una remuneración por sus servicios con la ESE NORTE 3.

### **1.2.- La oposición.**

#### **1.2.1.- SINTRASALUD**

Se opuso a las pretensiones de la demanda, expuso que la demandante se vinculó con la entidad como afiliada partícipe, sin lograr configurar un contrato de trabajo, al no existir el elemento de la subordinación propio de esta.

Propuso las excepciones de: *Carencia de causa y derecho en razón al tipo de vinculación de la demandante con la entidad demandada, inexistencia de subordinación como elemento necesario para configurar un contrato de trabajo, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa y prescripción con relación a acreencias laborales requeridas por la demandante.*

#### **1.2.2.- E.S.E. Norte 3**

Se opuso a las pretensiones de la demanda; propuso las excepciones de: Carencia de causa y derecho en razón al tipo de vinculación de la demandante con la entidad demandada, inexistencia de prueba que demuestre la celebración de contratos de prestación de servicios por todo el tiempo invocado a cargo de la parte actora, prescripción frente a las acreencias laborales solicitadas por la parte actora, inexistencia de subordinación como elemento necesario para configurar un contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa y la de improcedencia de declarar una relación legal y reglamentaria propio de los empleados públicos.

#### **1.2.3 Aseguradora Solidaria de Colombia, Entidad Cooperativa:**

La llamada en garantía se opuso a todas y cada una de las declaraciones y condenas reclamadas con la demanda; afirmó que no se configuró una relación laboral entre la accionante y la entidad de salud, por lo que no pueden ser reconocidas las prestaciones reclamadas.

Presentó las excepciones de: *Inexistencia de violación a normas superiores, toda vez que no se configura una relación laboral entre la demandante y las demandadas, por existencia de contratos de prestación de servicios profesionales, prescripción para reclamar derechos laborales, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa.*

En cuanto al llamamiento en garantía, expone cuáles son las pólizas suscritas entre SINTRASALUD como tomador y la Aseguradora Solidaria de Colombia LTDA, donde se determinó que la única asegurada y beneficiaria era la ESE NORTE 3, además de establecer que éstas solo podrán exigirse, siempre que se compruebe el riesgo asegurado.

Afirma que, frente al pago de salarios y prestaciones sociales amparados, este solo opera si se produce el incumplimiento por parte de SINTRASALUD en el pago de

salarios del trabajador asociado en ejecución del contrato celebrado y durante la vigencia de la póliza, siempre que se generen perjuicios en contra de la E.S.E.

Propuso las excepciones de: *Marco de los amparos otorgados y en general, alcance contractual de las obligaciones del asegurador, límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad de la suma asegurada, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de las pólizas de seguro contratadas con mi representada, subrogación, el control es ley para las partes y la de enriquecimiento sin justa causa.*

### 1.3.- La sentencia apelada<sup>2</sup>.

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, a través de sentencia No. 091 del 30 de junio de 2023, accedió parcialmente a las pretensiones, así:

*PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto mediante el cual la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E. de PUERTO TEJADA negó a la señora ADRIANA MARIA CARABALI CAICEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.770.227 de Caloto (Cauca), el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente causación y pago de acreencias laborales y aportes a la seguridad social por los tiempos laborados, mediante contratos de prestación de servicios y la intermediación denominada tercerización laboral.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que entre la señora ADRIANA MARIA CARABAL CAICEDO y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E., existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de enero de 2016, sin que ello signifique que la actora ostentó la calidad de empleada pública.*

*TERCERO. - CONDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E. a pagar a la actora, si aún no lo ha hecho, el valor equivalente a todas las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos vinculados mediante relación legal y reglamentaria en dicha entidad, como AUXILIAR DE ENFERMERIA, por el período comprendido entre el 1° de julio de 2013 y el 30 de enero de 2016. Las sumas a cancelar deberán ser liquidadas conforme al valor mensual pactado en cada una de las órdenes de prestación de servicios de servicios suscritas y contratos sindicales pactados con SINTRASALUD.*

*En el caso de que se hayan reconocido valores por dichos conceptos, y de la liquidación efectuada se evidencie una diferencia negativa, la entidad demandada tendrá la carga de cancelar o completar el valor faltante.*

*CUARTO: ORDENAR a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E, que deberá consignar al Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliada la accionante, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje que le corresponde como empleador, conforme a lo indicado en precedencia, el cual deberá ser computado para efectos pensionales, tomando como ingreso base de cotización pensional los honorarios pactados mensualmente. En la eventualidad de que haya realizado los respectivos aportes y existiera una diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como empleadora.*

*Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las 41 cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra,*

<sup>2</sup> Expediente digital, carpeta 01PrimeralInstancia, archivo "02CuadernoPrincipal2 2016-00184.pdf", pág. 193-206

*tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.*

**QUINTO:** *La EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E, deberá realizar la actualización por concepto de prestaciones sociales y aportes para pensión, según la fórmula explicada en la parte motiva de esta providencia.*

**SEXTO:** *La ASEGURADORA DE FINANZAS S.A-CONFIANZA S.A. y la ASEGURADORA SOLIDARIA COLOMBIA, responderán solidariamente con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3 E.S.E por la condena impuesta, según el monto y periodo asegurado.*

**SÉPTIMO:** *NEGAR las demás pretensiones de la demanda, según lo expuesto.*

El despacho relacionó lo que encontró probado, respecto de la alegada vinculación por parte de la demandante, para indicar que comprobó la relación existente con la ESE en el periodo indicado, mientras que durante los periodos no reconocidos no estuvo evidenciada tal vinculación, con todos los elementos necesarios para determinar la existencia de la tercerización que se pretendía fuera declarada.

Expuso que al tratarse de una actividad misional de la empresa y presumirse que las actividades desempeñadas se habían ejercido bajo continua subordinación, estaban llamadas a prosperar las pretensiones, respecto del periodo donde se demostró la prestación del servicio y la remuneración realizada.

Indicó que, si bien había sido reconocida a la demandante varias prestaciones sociales, estas no obedecían en su liquidación, al valor que efectivamente correspondía pagar por el servicio prestado, comparándolo con lo reconocido por dicha labor a los empleados públicos, que en tal caso debía procederse a realizar la liquidación respectiva a fin de determinar dichos valores y realizar los descuentos que correspondieren, ante las sumas ya reconocidas a la actora.

Consideró que pese a encontrar algunas interrupciones durante los periodos laborados, estos no eran suficientes para declarar que medió solución de continuidad, en tanto el objeto del contrato siempre fue el mismo y no transcurrió más de un mes entre cada contrato celebrado.

En cuanto a la responsabilidad de las aseguradoras llamadas en garantía aseveró que, efectivamente estas estaban obligadas a pagar solidariamente dentro del monto y término asegurado, la condena impuesta a la ESE, de conformidad con los amparos y exclusiones pactados.

#### **1.4.- Recurso de apelación.**

##### **1.4.1.- E.S.E. Norte 3<sup>3</sup>.**

Indicó su desacuerdo con la sentencia indicando que, no se demostró el elemento de la subordinación y dependencia continuada, que permitiera señalar la existencia de una relación laboral entre la demandante y esa empresa, así como tampoco los extremos de la relación laboral.

Argumenta que las declaraciones recibidas al interior del proceso, no fueron consistentes en definir tal elemento, el cual resulta de gran relevancia para determinar la existencia de una relación laboral; asevera que estas no indicaron de forma alguna en qué consistían las supuestas órdenes que recibía la actora, desconocieron que existía una

---

<sup>3</sup> Expediente digital, carpeta 01PrimeralInstancia, archivo “35ApelacionDemandada”.

persona que asumía el rol de coordinadora orientando las labores a seguir, lo que no resulta incompatible con la relación contractual mantenida.

Insiste que, conforme la posición jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, el cumplimiento de un horario y el recibir instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, no son elementos suficientes por sí mismos, para probar la existencia de una subordinación.

#### **1.4.2 Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.**

Manifiesta su inconformidad con el fallo, indicó que si bien el despacho encontró probado el elemento de la subordinación, basado en la supervisión del contrato por parte de una enfermera jefe de la E.S.E. y la imposición de turnos para el cumplimiento de lo que consideró un horario laboral; no es cierto tal aspecto, en cuanto existe una diferencia entre coordinación y subordinación; pues al contratante le asiste la facultad de supervisar en los contratos de prestación de servicios e incluso coordinar los extremos del vínculo contractual en la forma en que deben prestarse estos.

Asegura que, el riesgo asegurado no se concretó, por lo que no estaría llamada a prosperar la indemnización que se predica de las pólizas por las cuales acudió al proceso; en cuanto este obedecía a *el pago de prestaciones y salarios al que se encontraba obligado SINTRASALUD*, por lo que la entidad afianzada era la ESE NORTE 3 y sólo en el evento en que esta fuera condenada a pagar aquellos salarios que dejó de pagar SINTRASALUD, esa aseguradora debía asumir tal obligación conforme el amparo y límite asegurado.

Asevera que, conforme en la sentencia se considera, en el presente caso lo probado fue un contrato de trabajo entre la demandante y la ESE Norte 3, sin que el sindicato sea el llamado a responder por los salarios y prestaciones sociales que presuntamente fueron dejadas de percibir por la demandante; por lo que ante la ausencia de relación laboral entre SINTRASALUD y la actora, no ocurrió el riesgo asegurado, lo que solo ocurriría de ser condenado el sindicato.

Expone que no existen los elementos esenciales del contrato de seguro, puesto que, bajo ninguna de las hipótesis planteadas en el caso, la demandante tiene un contrato de trabajo con la organización sindical por lo que debió operar la ineficacia del contrato de seguro, ante la falta de interés asegurable, como elemento fundamental para que pudiera ser exigible. Lo mismo predica frente a la falta de riesgo asegurable.

Indica que la sentencia desconoció la inexistencia de solidaridad entre la Aseguradora Solidaria de Colombia y Confianza S.A., así como entre aquella y la ESE NORTE 3; en atención a que no existe una relación jurídica con la demandante; sumado a que ante la coexistencia de seguros cada asegurador soportará la indemnización debida en la proporción y cuantía contenida en el contrato de seguro.

Explica que no hay lugar a realizar la equiparación de salarios en el pago a realizar a la demandante, en cuanto no se probó el salario devengado por los empleados de públicos de la E.S.E. demandada.

#### **1.4.3 Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.**

Expone que la sentencia de primera instancia no contempló las condiciones de las pólizas de cumplimiento en favor de las entidades estatales por medio de las cuales fue llamada en garantía a este proceso, donde conforme se concluyó en la sentencia, la ESE NORTE 3 fungió como verdadera empleadora de la accionante, sin que dicha situación fuera objeto de cobertura de ninguna de las pólizas expedidas por esta aseguradora y

no así respecto del sindicato, quien fuere el tomador garantizado con las pólizas adquiridas.

Insiste que dentro del proceso se probó que el sindicato no incumplió con obligaciones laborales de su cargo, por lo que ninguna de las pólizas expedidas por esta aseguradora podía ser afectada; así, la condena impuesta en su contra, carecería de sustento y va en contravía de lo regulado para el contrato de seguro.

No se demostró que la demandante hubiese laborado durante el periodo amparado mediante la póliza que se encontraba vigente a partir del 2 de enero de 2014 puesto que existen periodos de tiempo que fueron reclamados con la demanda, que no estaban dentro de la vigencia de ninguna póliza, por lo que cualquier obligación derivada de estos periodos, no le son oponibles.

Afirma que la póliza adquirida con esta sociedad, se trata de aquella cuyo amparo se restringe a los *riesgos nombrados*, por lo que la cobertura otorgada fue frente a aquellos riesgos que se definieron de forma precisa en las condiciones del contrato de seguro, por lo que este se restringe al pago de salarios y prestaciones sociales y no cubre indemnizaciones.

Expone que el valor reconocido a la demandante por las acreencias laborales reconocidas, superó el valor asegurado para dicho amparo.

Pide que en consecuencia sea revocada la sentencia y en caso de no acceder a esta solicitud, sea revocado el numeral sexto, en cuanto no es posible afectar la póliza al no encontrarse configurado incumplimiento por parte del tomador y haberse declarado una relación laboral directa entre la demandante y la ESE NORTE 3, lo cual no estaba amparado dentro del riesgo cubierto.

### **1.5.- Actuación en segunda instancia.**

A través de providencia de 28 de agosto de 2023<sup>4</sup>, se procedió a admitir la alzada.

## **II.- CONSIDERACIONES.**

### **2.1.- Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con la previsión del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta Sala de Decisión, al actuar como juez de segunda instancia, se limitará a los cargos formulados en la apelación, al tenor de los artículos 320 y 328 del CGP.

### **2.2.- El problema jurídico.**

Le corresponde al Tribunal determinar si debe ser confirmado, modificado o revocado el fallo proferido el 30 de junio de 2023, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **2.3.- Marco jurídico y jurisprudencial.**

En lo que se refiere a la posibilidad de demandar ante esta jurisdicción la existencia de una relación laboral, disfrazada mediante la figura del contrato de prestación de servicios, han sido múltiples las posiciones asumidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado,

<sup>4</sup> Expediente digital, carpeta 02SegundalInstancia, archivo “003AutoAdmiteRecurso.pdf”

las cuales han ido evolucionando desde una posición restrictiva, en la cual era posible para las entidades públicas realizar dichas contrataciones sin que diera lugar a una relación laboral, hasta una tesis más garantista con base en los postulados constitucionales.

En reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador<sup>5</sup>.

Ha indicado que *para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.* (Negrillas propias)<sup>6</sup>.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo ha señalado que *la circunstancia de que consciente y libremente el trabajador haya aceptado las condiciones de contratación que le fueron planteadas en el contrato de prestación de servicios resulta indiferente en una situación como la que en abstracto se ha planteado, pues ni aún el consentimiento puede considerarse como expediente válido para que el trabajador renuncie a los beneficios prestacionales que la ley prevé en su favor, según lo dispuso el artículo 53 de la Constitución; la misma norma de la Carta Fundamental señaló, además, como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, precepto que sirve de base para declarar la existencia de una relación laboral cuando, no obstante haber una formalidad distinta, prima el vínculo real por concurrir en él los elementos requeridos, la prestación personal, la subordinación y la remuneración.*

Acerca de la figura del contrato realidad y las situaciones donde se hace imperioso aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, ha sostenido la Corte Constitucional:

*De acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre formas (Art. 53 de la Constitución), independientemente del nombre que se le dé al contrato o de las aparentes relaciones contractuales que se establezcan, si en la práctica se comprueba la existencia de los tres requisitos antes señalados, se estará frente a una relación laboral.*

*Como consecuencia de esto, quien desempeña la labor será tenido como un trabajador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual y la persona o entidad que recibe el servicio prestado y/o quien señala las pautas de modo, tiempo y cantidad de ejecución del mismo y le paga el salario al trabajador, será tenido en cuenta como el empleador, con todos los derechos y obligaciones propias de tal posición contractual.*

*La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha dado aplicación al mencionado principio de primacía de la realidad sobre las formas, en aras de proteger los derechos fundamentales de trabajadores, quienes a pesar de cumplir con los tres requisitos esenciales, constitutivos de una relación laboral, su empleador les ha negado la calidad de tales<sup>7</sup>.*

<sup>5</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13, 29 de enero de 2015).

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T - 291 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Es importante señalar que el Consejo de Estado ha expresado que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución Política, que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función, pero en calidad de servidores públicos<sup>8</sup>.

En relación con los contratos de prestación de servicios, estos se encuentran estatuidos en el numeral 3º del artículo 32, de la Ley 80 de 1993<sup>9</sup>, el cual al ser analizado por la Corte Constitucional en sentencia **C- 154 de 1997**<sup>10</sup>, lo declaró exequible, “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”, caso en el cual le asiste el derecho al contratista de acudir ante la jurisdicción a reclamar la existencia del contrato realidad, con fundamento en el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, establecido en el artículo 53 de la Constitución.

En dicha jurisprudencia, la Corte dejó en claro cuáles son los elementos que conforman el contrato de prestación de servicios así:

*....a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.*

En el mismo sentido, la Corte estableció los elementos que diferencian el contrato laboral con el de prestación de servicios, dejando claro que para que el primero se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

Finalmente, hizo énfasis en que la subordinación o dependencia, es el elemento esencial que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, teniendo la persona en este último caso la calidad de contratista sin que exista lugar a reconocimientos prestacionales.

De otro modo, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente de las órdenes impartidas por la administración, 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.

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 1 de noviembre de 2010, Radicado No. 50001-23-31-000-2005-040559-01 (0098-2010), Actor. Dionisia Teherán, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>9</sup> “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:  
(...)

3. Contrato de Prestación de Servicios

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

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

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia No: C- 154 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

En consonancia con lo anterior, de la definición legal del contrato ya referido, se derivan las siguientes características:

- El contrato se celebra en virtud de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia o cuando las actividades objeto del contrato no puedan ejercerse por personal de planta.
- La vigencia del contrato es temporal, está delimitada por el tiempo necesario para realizar la labor contratada.
- Este tipo de contrato solo genera derecho a recibir honorarios como contraprestación por los servicios prestados.
- El contratista goza de autonomía e independencia para desarrollar el objeto contractual.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de configuración de un contrato realidad al momento de estar vinculado el trabajador con una cooperativa de trabajo asociado, la Corte Constitucional en sentencia T – 286 de 3 de abril de 2003, ha manifestado:

*A- La sentencia C-211 de 2000 se basa en el hecho de que los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostentan una relación empleador - empleado, lo que de suyo implica que bajo tales respectos el asociado ha de trabajar individual o conjuntamente para la respectiva cooperativa en sus dependencias.*

*B- En contraste con esto, en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P.).*

*La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa; que fue lo que sucedió en este caso.*

En virtud de lo anterior, señaló la Corte que la noción del 'contrato realidad' se basa en una apreciación contextualizada del concepto de trabajo y no en una valoración inmaterial del mismo; por tal motivo, aplicando tal concepto a las cooperativas de trabajo asociado, pueden presentarse situaciones en las que surge una relación vertical con respecto a los cooperados. Sobre este punto la señaló que:

*En relación con los elementos que pueden conducir a que la relación entre cooperado y cooperativa pase de ser una relación horizontal, ausente de subordinación, a una relación vertical en la cual una de la dos partes tenga mayor poder sobre la otra y por ende se configure un estado de subordinación, se pueden destacar diferentes elementos, como por ejemplo (i) el hecho de que para que se produzca el pago de las compensaciones a que tiene derecho el cooperado éste haya cumplido con la labor en las condiciones indicadas por la cooperativa o el tercero a favor del cual la realizó; (ii) el poder disciplinario que la cooperativa ejerce sobre el cooperado, de acuerdo con las reglas previstas en el régimen cooperativo; (iii) la sujeción por parte del asociado a la designación de la Cooperativa del tercero a favor del cual se va a ejecutar la labor contratada y las condiciones en las cuales trabajará; entre otros (...)<sup>11</sup>*

<sup>11</sup>. Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 02 de junio de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

*(...) Así las cosas, no es admisible constitucionalmente que las cooperativas de trabajo asociado, basándose en sus estatutos, dejen desprotegidos los derechos de los trabajadores.*

*En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.*

*En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa<sup>12</sup>.*

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

*Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.*

*Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo (sic) 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las mismas*

<sup>12.</sup> *“Como consecuencia de los efectos negativos de la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado con el fin de ejecutar prácticas de intermediación laboral, El Presidente de la República expidió el Decreto 4588 de 2006, Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, y en el ARTÍCULO 17º dispuso: “PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes. Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado”. (subrayado fuera de texto).*

*condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad<sup>13</sup>.*

Resulta entonces que la prestación de servicios por parte de los integrantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado a favor de un tercero, (llámese entidad pública) pueden llevar a la existencia de una relación laboral, en la medida en que se configuren los elementos propios del contrato de trabajo, y bajo este criterio la cooperativa y el tercero que se benefició del servicio prestado, disimulando una relación de trabajo, se constituirían como empleadores del asociado, siendo **solidariamente responsables** en el pago de las prestaciones adeudadas en favor del trabajador.

### 2.3.1.- De la vinculación de personal en las Empresas Sociales del Estado.

La Ley 100 de 1993 en el artículo 194 define a las Empresas Sociales del Estado:

*La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

El Decreto 1876 de 1994, reglamentó este apartado de la ley general de seguridad social; estableciendo en su artículo 17 que el régimen de personal se guiará por lo dispuesto por el artículo 674 del Decreto- Ley 1298 de 1994 o Estatuto Orgánico de Seguridad Social en Salud que establece:

*Artículo 674. CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:*

*1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letra a), b), c) e i) del artículo 1o. de la Ley Artículo 61 de 1987.*

*2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*

*a) Los de Secretario de Salud o Director seccional o local del Sistema de Salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente.*

*b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes.*

*c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.*

*Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.*

*Parágrafo. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

*Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.*

<sup>13</sup>. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2011, Radicado No. 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), Actor: María Stella Lancheros Torres, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Ahora bien, en virtud de la expedición de la Ley 1438 de 2011, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del artículo 59 que consagra la operación de terceros en las Empresas Sociales del Estado<sup>14</sup>.

La Máxima Corporación Constitucional al ejercer el estudio de constitucionalidad en la sentencia C-171 de 2012, precisó los aspectos que pasan a dilucidarse:

*Así las cosas, la Corte concluye que, tal y como se encuentra redactada la norma, da lugar a una interpretación abiertamente inconstitucional, de manera que en principio procedería una declaratoria de inexequibilidad de la misma. No obstante lo anterior, la Corte ha validado en innumerables oportunidades la posibilidad de dictar sentencias moduladas, en las que se declare una exequibilidad condicionada, en aquellos eventos en los que sea posible conservar el precepto normativo en el ordenamiento jurídico, dando aplicación al principio pro legislatore, y siempre y cuando exista una interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Carta Política y la torne en constitucional.*

*Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado.*

Con base en la jurisprudencia relacionada de manera precedente, esta Corporación se persuade que aun en vigencia de la Ley 1438 de 2011 se sostienen los criterios abordados por las Altas Cortes, según las cuales, la regla general no la constituye el contrato de prestación de servicio y, por el contrario, siempre que se hallen establecidos los elementos de una relación laboral, deberá privilegiarse en garantía de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

### **2.3.2.- De la prescripción.**

En cuanto al fenómeno de la prescripción dispone el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que los derechos prescribirán en tres años contados a partir del momento en que la obligación se haga exigible. Sin embargo, el Consejo de Estado en pronunciamiento del 19 de febrero de 2009, expresó que la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad tiene el carácter de constitutiva<sup>15</sup> y en ese orden de ideas, no habría lugar a ordenar su aplicación.

En **materia de contrato realidad**, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión de la relación contractual, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia del vínculo laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica

<sup>14.</sup> “ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.”

<sup>15.</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Referencia: Expediente No. 730012331000200003449-01 (3074-2005). Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

Por otra parte, esa Corporación ha establecido que para presentar la reclamación de los derechos laborales esto debe realizarse en un término que no supere el de la prescripción trienal:

*La Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan<sup>16</sup>.*

En relación con la interrupción de la prescripción en el evento de solución de continuidad, en los términos del Decreto 1045 de 1978 el H. Consejo de Estado ha conceptuado lo siguiente:

*En el caso del sub lite, se encuentra que la relación contractual culminó el 31 de diciembre de 2010, la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo el 27 de marzo de 2012 y el oficio acusado fue expedido el 18 de abril de 2012, lo que quiere decir que no había vencido el término para que el actor reclamara sus derechos laborales consistentes en la declaración misma de la relación laboral.*

*La anterior situación quiere decir que la parte actora tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales dentro del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2008 (fecha de iniciación del contrato de prestación de servicios No. 25 de 2008) y el 31 de diciembre de 2010 (fecha en que culminó el contrato de prestación de servicios No. 24 de 2010).*

*No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho<sup>17</sup>.*

Precedente de necesario análisis es la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, en relación con la imprescriptibilidad de los aportes a pensión, donde estableció que los aportes para pensión no se afectan por este fenómeno extintivo, así:

*Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.*

*La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:*

<sup>16</sup>. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 09 de abril de 2014, actor Rosalba Jiménez Pérez y otros, demandado: Departamento del César. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>17</sup>. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2016, actor Luis Jerónimo Carillo, demandado: Ministerio de Medio Ambiente. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

- i) *El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.*
- ii) *El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- iii) *El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.*
- iv) *El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad*<sup>18</sup>

Si bien es cierto, las conclusiones a las que llegó el Consejo de Estado en esta providencia aplican a los casos de los “docentes-contratistas”, el pronunciamiento sirve de criterio orientador para establecer que pese a haber prescrito las prestaciones económicas laborales inmediatas, puede ordenarse a la entidad demandada cancelar los aportes al sistema de seguridad social, dado que estos son insumos para estructurar las pensiones, garantía de carácter imprescriptible.

#### **2.4.- Competencia del fallador de segunda instancia y la congruencia del recurso de apelación.**

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; por lo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso y debe ceñir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.<sup>19</sup>

Atendiendo a que existe un apelante único, que para el caso se trata de aquellos que componen el extremo demandado dentro del proceso, esta Sala procederá a estudiar los cargos que contra la sentencia esta parte precisó<sup>20</sup>, los cuales corresponden a la relación

<sup>18</sup>. Consejo de Estado - Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente. Carmelo Perdomo Cueter.

<sup>19</sup>. Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

<sup>20</sup> ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

*Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.*

**“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.*

laboral que se declarara probada en la sentencia por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de enero de 2016.

**Se resalta que este es el periodo sobre el que recae la condena y sobre el cual se debate la apelación**

## **2.5 Caso concreto.**

Con el presente medio de control se pretende la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual se guardó silencio frente a la solicitud de declaración de existencia de una relación laboral entre la señora Adriana María Carabalí Caicedo y E.S.E. Norte 3 Puerto Tejada.

El *a quo* encontró acreditados los elementos de la relación laboral por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de enero de 2016 y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El extremo pasivo de la litis manifestó su inconformidad en la falta de prueba de los elementos de la relación laboral, pues entre la actora y la entidad se suscribieron contratos de prestación de servicios y se presentó vinculación a través de una organización sindical, de los que no se desprende ninguna subordinación que diera paso a declarar la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y esa E.S.E.

Por su parte, las aseguradoras llamadas en garantía apoyaron la tesis de la demandada en cuanto a la ausencia de prueba respecto de la subordinación y alegaron que finalmente el riesgo cubierto por las pólizas se refería a aquellos salarios y prestaciones sociales a las que se obligara al tomador reconocer en favor de un tercero, mientras en el presente asunto la condenada a reconocer estos emolumentos fue la ESE con quien no suscribieron ningún contrato de seguro.

Sumado a ello indicaron que cada seguro tiene establecidos unos valores conforme el amparo adquirido por el tomador según el riesgo y a cada aseguradora le correspondería en caso de una condena en su contra, responder de forma proporcional conforme al límite derivado de su obligación y no de forma solidaria, como fue dispuesto en la sentencia de primera instancia.

La aseguradora Solidaria insistió en que no se dieron los elementos del contrato de seguro, puesto que la demandante no mantuvo una relación laboral con el sindicato y no se probó que el salario que debía recibir fuera equiparable con alguien de la planta de personal de la entidad demandada.

Por su parte, Confianza S.A.S. reiteró que la ESE fue quien resultó condenada como empleadora de la demandante, mientras el sindicato -su tomador-, no.

Afirmó que no quedó probado que en vigencia de la póliza de 2014 se hubiese ejecutado el contrato; que los riesgos adquiridos en el contrato corresponden a aquellos *nombrados* y en tanto se encuentran cubiertas con este solo los salarios y las prestaciones sociales, mientras no las indemnizaciones reclamadas.

### **2.5.1. Lo probado en el proceso.**

Frente a la vinculación de la demandante con la ESE NORTE 3, para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2013 al 31 de enero de 2016:

El Sindicato de Trabajadores de la Salud Norte del Cauca, aportó los convenios de cooperación que fueran suscritos con la demandante, para que como afiliada partícipe de la organización sindical realizara las actividades pactadas de auxiliar de enfermería en la ESE Norte 3, entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2016, que se relacionan a continuación:

<b>Convenio de cooperación</b>	<b>Periodo que se pretende acreditar de vinculación</b>
287/2014	1 de septiembre de 2014 hasta la terminación del convenio suscrito con la ESE contratante <sup>21</sup>
009/2015	1 de enero al 30 de junio de 2015 <sup>22</sup>
122/2015	1 de julio de 2015 hasta la terminación del convenio suscrito con la ESE contratante <sup>23</sup>
003/2016	1 de enero de 2016 hasta la terminación del convenio suscrito con la ESE contratante <sup>24</sup>

También se aportaron los contratos sindicales suscritos entre la ESE NORTE 3 y SINTRASALUD NORTE CAUCA, como contratista; cuyo objeto fue *PRESTACIÓN DE ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y CONEXAS EN CUMPLIMIENTO DEL PROCESO INTEGRAL QUE PRESTA EL SERVICIO DE SALUD DE ACUERDO CON LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EN LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3-ESE , NECESARIOS PARA EL DESARROLLO Y CUMPLIMIENTO DE LA MISIÓN MÉDICA A CARGO DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO NORTE 3-ESE, LOS CUALES OFRECE COMO ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD CONFORME A LAS CONDICIONES SEÑALADAS EN LA PROPUESTA*, así:

<b>CONTRATO</b>	<b>PLAZO</b>
134/2013	1 al 28 de febrero de 2013 <sup>25</sup>
165/2013	1 al 30 de marzo de 2013 <sup>26</sup>
196/2013	1 al 30 de abril de 2013 <sup>27</sup>
235/2013	2 al 30 de mayo de 2013 <sup>28</sup>
268/2013	1 al 30 de junio de 2013 <sup>29</sup>
301/2013	2 al 31 de julio de 2013 <sup>30</sup>

<sup>21</sup> Archivo 9 folio 39

<sup>22</sup> Archivo 25 folio 2

<sup>23</sup> Archivo 9 folio 50

<sup>24</sup> Archivo 9 folio 61

<sup>25</sup> Archivo 09, folios 77-96

<sup>26</sup> Archivo 09, folios 97-115

<sup>27</sup> Archivo 09, folios 116-135

<sup>28</sup> Archivo 09, folios 136-155

<sup>29</sup> Archivo 09, folios 156-174

<sup>30</sup> Archivo 09, folios 175-194

335-2013	1 al 30 de agosto de 2013 <sup>31</sup>
394/2013	2 al 30 de septiembre de 2013 <sup>32</sup>
426/2013	1 al 30 de octubre de 2013 <sup>33</sup>
486/2013	1 al 30 de noviembre de 2013 <sup>34</sup>
548/2013	2 al 30 de diciembre de 2014 <sup>35</sup>
03/2014	2 al 30 de enero de 2014 <sup>36</sup>
42/2014	1 al 28 de febrero de 2014 <sup>37</sup>
56/2014	1 al 30 de marzo de 2014 <sup>38</sup>
77/2014	1 al 30 de abril de 2014 <sup>39</sup>
120/2014	2 a 31 de mayo de 2014 <sup>40</sup>
137/2014	3 al 30 de junio de 2014 <sup>41</sup>
159/2014	1 al 30 de julio de 2014 <sup>42</sup>
180/2014	1 al 30 de agosto de 2014 <sup>43</sup>
220/2014	1 al 30 septiembre de 2014 <sup>44</sup>
263/2014	1 al 30 de octubre de 2014 <sup>45</sup>
322/2014	21 de noviembre de 2014 al 30 de diciembre de 2014 <sup>46</sup>
01/2015	2 de enero al 28 de febrero de 2015 <sup>47</sup>
74/2015	1 de abril al 30 de mayo de 2015 <sup>48</sup>
120/2015	1 al 30 de julio de 2015 <sup>49</sup>
169/2015	1 al 30 de agosto de 2015 <sup>50</sup>
204/2015	1 de septiembre de 2015 al 30 de septiembre de 2015 <sup>51</sup>
282/2015	22 de octubre al 30 de noviembre de 2015 <sup>52</sup>

<sup>31</sup> Archivo 09, folios 195 - 214

<sup>32</sup> Archivo 09, folios 215-234

<sup>33</sup> Archivo 09, folios 235-254

<sup>34</sup> Archivo 09, folios 255-271

<sup>35</sup> Archivo 09, folios 272-291

<sup>36</sup> Archivo 09, folios 292-311

<sup>37</sup> Archivo 09, folios 312-331

<sup>38</sup> Archivo 09, folios 332-350

<sup>39</sup> Archivo 09, folios 352-371

<sup>40</sup> Archivo 09, folios 372-391

<sup>41</sup> Archivo 09, folios 392-410

<sup>42</sup> Archivo 09, folios 413-432

<sup>43</sup> Archivo 09, folios 433-449

<sup>44</sup> Archivo 09, folios 450-469

<sup>45</sup> Archivo 09, folios 470-489

<sup>46</sup> Archivo 09, folios 490-508

<sup>47</sup> Archivo 09, folios 509-528

<sup>48</sup> Archivo 09, folios 529-662

<sup>49</sup> Archivo 09, folios 529-662

<sup>50</sup> Archivo 09, folios 568-587

<sup>51</sup> Archivo 09, folios 588-607

<sup>52</sup> Archivo 09, folios 608-627

01/2016	2 de enero al 30 de junio de 2016 <sup>53</sup>
---------	---

Fueron rendidos los siguientes testimonios:

1. María Lucy Fernández: Esta testigo refirió que trabajó con la demandante bajo la misma modalidad de contratación desde el año 2007 al 2010, por cuanto su vinculación se dio hasta esa fecha.

Así entonces, partiendo de que el extremo laboral que se discute en esta instancia, conforme la condena impuesta, data del año 2013 al 2016, se encuentra que esta testigo no aporta ningún dato relevante que pueda contribuir de forma concreta a establecer la existencia de los elementos de una relación laboral durante tal periodo, conforme se pretende con la demanda.

De forma expresa la testigo señaló que, no estuvo vinculada con el sindicato demandado, que no le constan los tipos de contrato que celebró la actora para la prestación de sus servicios, que no sabe sobre la forma de su retiro por cuanto no trabajaba para ese momento con ella, ni de la forma en que le realizaban el pago.

2. Adonis Alonso Rivera: Este testigo refirió que, no trabajó directamente con la demandante, puesto que se desempeñó como *disector de cadáveres*; sumado a ello, sobre el periodo en que estuvo vinculado para la entidad, queda la duda en cuanto inicia su declaración señalando que este en principio se dio desde 1992 a 2009, cuando su oficio se dispuso solo podía ser realizado en el hospital ubicado en Santander de Quilichao.

Más adelante, al referirse a su vinculación asegurar que esta se dio hasta el año 2015, momento de la diligencia en el que la jueza le llama la atención y lo comina por evidenciar que está pendiente de lo que al parecer el apoderado le está diciendo; continúa la audiencia y al ser cuestionado para que aclare el periodo de vinculación, claramente se escucha en el audio cuando le es indicado el año de finalización de su vinculación por un tercero.

Al dicho de este testigo se encuentra que no podría dársele fuerza probatoria y finalmente, no tiene como evidenciarse que pueda hacer constar la forma en que la demandante estuvo vinculada con la empresa demandada, pues precisamente este señala que respecto del periodo que se discute -obedece a la vinculación con la organización sindical-, desconoce las circunstancias de la relación contractual con la demandante.

3. James Arley Mesú: Testigo que refiere no haber trabajado en el hospital; que en ocasiones acudió al mismo en la búsqueda de atención médica y conoce a la demandante por ser amigo de su hermano.

Aseguró que conocía de sus horarios porque en horas de la noche la acompañaba hasta el hospital cuando ella tenía turno; sobre la forma en que se dio su vinculación indica que esta le consta por lo que ella misma le contó y porque la veía trabajando en el sitio.

De la misma manera, manifestó que no conocía del contrato que hubiese suscrito ni de planillas de pago o cualquier otro documento que diera cuenta de su vinculación contractual.

---

<sup>53</sup> Archivo 09, folios 628-647

- Fueron aportados al proceso cuadros de turno que indican corresponder a algunos meses de los años 2013 y 2014. En estos no se encuentra registrado la forma en que estaban organizados los turnos -horas u horarios, o a que corresponden las convenciones usadas-, quien elaboró el cuadro -no se registra firma alguna o el nombre o entidad a cargo-, en algunos no se refleja el periodo al que corresponde<sup>54</sup> ni quien cubría el turno<sup>55</sup>.

- Oficio dirigido por la demandante al gerente de SINTRASALUD<sup>56</sup> donde le solicita una reunión para solucionar una situación presentada con los turnos que fueran asignados para diciembre de 2015; sobre la misma situación reposa oficio dirigido a la coordinadora del punto de atención recordándole que se había programado reunión para solucionar el incidente presentado<sup>57</sup>.

- Certificación suscrita por la coordinadora administrativa de la ESE NORTE 3<sup>58</sup>, donde señala los factores salariales de un auxiliar del área de la salud de planta de la empresa.

- Certificación de SINTRASALUD, suscrita por su gerente, donde hace constar que la demandante fue afiliada partícipe de la asociación desde el 1 de febrero de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016, donde desarrolló actividades mediante convenio sindical como auxiliar de enfermería<sup>59</sup>.

- Certificación de liquidación y pago de compensaciones de SINTRASALUD a la afiliada por el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2013 al 31 de diciembre de 2013<sup>60</sup>, donde se indica el pago por *compensación anual (cesantías), intereses compensación anual, descanso anual (vacaciones) y compensación semestral (prima)*; de igual forma por los periodos del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014 y 2015 y, del 1 de enero de 2016 al 31 de enero de 2016.

#### **2.4.2. Análisis caso concreto.**

Con fundamento en el anterior recuento probatorio, la Sala procede a efectuar el estudio del fondo del asunto, atendiendo los cargos formulados en la alzada.

Valga resaltar que, para poder analizar cuándo se está en presencia de un contrato realidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha partido de la base de la existencia de un contrato de prestación de servicios, requiriéndose que la prueba de la relación contractual sea palmaria; es decir, que se pueda determinar con claridad los extremos temporales, su objeto, funciones que le fueron asignadas, honorarios, entre otros, para determinar si se trató de un contrato de prestación de servicios, en estricto sentido, o se ocultó a través de este, una verdadera relación laboral<sup>61</sup>. Ello en atención a que los contratos estatales deben constar por escrito, formalidad que no puede desconocerse, pues, en caso de no hacerse, el negocio no existiría<sup>62</sup>.

Pese a lo anterior, este Tribunal ha establecido que, en estos asuntos, no es dable imponer una tarifa legal a fin de acreditar el vínculo contractual, por lo tanto, son admisibles cualquier medio de prueba autorizado por la legislación para probar este hecho, verbi gratia, certificaciones emitidas por la misma entidad o demás elementos que no hubieran sido tachados ni desconocidos.

<sup>54</sup> Folio 72, archivo02 del expediente digital

<sup>55</sup> Folio 47, 68 archivo02 del expediente digital

<sup>56</sup> Folio 24, archivo 02 del expediente digital

<sup>57</sup> Folio 25, archivo 02 del expediente digital

<sup>58</sup> Folio 31, archivo 02 del expediente digital

<sup>59</sup> Folio 72, archivo 09 del expediente digital

<sup>60</sup> Folios 73 y siguientes, archivo 09 del expediente digital

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 28 de octubre de 2021, radicación número: 25000-23-42-000-2018-01238-01(0432-21), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 14 de octubre de 2021., radicación número: 27001-23-33-000-2015-00052-01(3512-17), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 14 de octubre de 2021., radicación número: 27001-23-33-000-2015-00052-01(3512-17), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

En cuanto a la configuración del contrato realidad, resulta oportuno precisar que debe acreditarse 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 al primer elemento, conforme fuera dispuesto en la sentencia de primera instancia y no fuera controvertido específicamente por los demandados en sus apelaciones, se tiene que quedó establecido que la demandante prestó sus servicios de forma personal desde el año 2011 al 2016, para la ESE NORTE 3, a través del contrato que fuera suscrito con SINTRASALUD SEDE NORTE; la razón de controversia radica así en que los apelantes son unánimes en señalar que no se configuró el elemento de la subordinación, necesario para establecer la existencia de una relación laboral con esta empresa.

Encuentra esta Corporación que si bien se afirmó en la demanda que se probaría que la demandante recibió órdenes directas de la jefe de enfermería que se encontraban de turno en el hospital y recibía llamados y comunicados para el cumplimiento de horarios, ello no sucedió.

Pues al proceso fueron traídos tres testigos, quienes no pudieron dar cuenta de las situaciones que enmarcaron el vínculo contractual de la demandante con la ESE demandada, para el periodo comprendido entre 2013 y 2016, como arriba se explicó.

Sumado a ello, se encuentra en el expediente oficio que dirigiera la demandante al gerente de SINTRASALUD, donde solicita la programación de una reunión para tratar un incidente presentado con ocasión de un cambio de turnos, lo que indica a esta Sala que era el sindicato a quien correspondía el manejo de las novedades presentadas con el personal y el llamado a solucionar las mismas.

Si bien existe otro oficio referente a aquel tema, este tan solo recuerda que se encontraba programada la reunión y la urgencia que le asistía a la demandante en que la misma se llevara a cabo, sumado a que no consta la vinculación que tenía con la ESE demandada, la funcionaria a la que fue dirigida tal comunicación.

Se tiene así, que las pruebas no fueron lo suficientemente consistentes para determinar algún elemento concreto sobre el que pudiera afirmarse la existencia de una subordinación en el margen del desarrollo del vínculo contractual de la demandante con la ESE NORTE 3 directamente, no podría indicarse que se han probado entonces todos los elementos de una relación laboral.

Ahora, la Sala no desconoce que existe alguna similitud entre las actividades que fueran pactadas en el convenido suscrito entre la organización sindical y la ESE NORTE 3 con aquellas que fueran definidas en el manual de funciones de la entidad para los auxiliares del área de la salud; ello no acredita que algunas de ellas no se contrataran precisamente porque no podían ser realizadas por el personal de la entidad, pues tampoco quedó demostrada que hubiese una continuidad en la realización de aquellas labores directamente con la demandante.

En cuanto al elemento de la subordinación, es preciso indicar que, aunque el hospital es una institución cuyo objeto está encaminado a prestar servicios de salud dentro del sistema general de seguridad social en salud, razón por la que las funciones que desempeñare la demandante estarían directamente relacionadas con su misión, en este caso, dada la carencia de material probatorio, no puede tenerse por cierto que tal hecho configure el requerido elemento<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Una conclusión en tal sentido fue expuesto por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 2 de septiembre de 2021, expediente 68001-23-33-000-2017-00626-01 (5168-2019), C. P. Carmelo

Conforme a lo expuesto, no se suministró a esta Sala los elementos necesarios para encontrar probado que la alegada vinculación a la ESE a través de la organización sindical, realmente constituyó una relación laboral, como se alegó en la demanda, pues como ya se expuso, no fueron incorporadas al proceso las pruebas con las que se demostraría la existencia de la totalidad de elementos para entender configurada una relación laboral.

Se itera no fue allegada ninguna prueba que permitiera determinar la subordinación que existía bajo la ejecución de los contratos suscritos por la demandante con el sindicato, pues particularmente, los testimonios rendidos durante el trámite del proceso, no dieron cuenta de las circunstancias específicas en las que estos se desarrollaron y no se refirieron a dicho periodo -pues se dijo que antes de la fecha de ejecución de estos contratos, ya los testigos habían sido desvinculados del hospital-, lo que se echa de menos y permitiría indicar que no se conoció de forma específica la modalidad en que se desarrolló la alegada relación contractual.

Si bien se aportó al plenario la lista de actividades que con ocasión al convenio suscrito por la demandante con la organización sindical, esta tenía a su cargo; no se probó que en idénticas circunstancias por desarrollar similares o equiparables actividades, se encontraran personas vinculadas a la planta; pese a que se aportó un desprendible de pago de una persona que se describe como auxiliar del área de la salud dentro de la ESE, no se conoce cuál fue su vinculación y las actividades a su cargo. No se aportó documento alguno en el que se probara que las actividades de la demandante podían ser comparadas con las de otros empleados de la planta.

Se encuentra incluso también que, conforme fue justificado en el contrato que suscribiera la ESE directamente con el sindicato, en este hizo énfasis en la necesidad de contratar el servicio a través de la organización sindical -facultad que se indicó legalmente permitida por la Ley<sup>64</sup>-, ante la escasa planta de personal de la entidad y la imposibilidad de ampliar la misma por la falta de disponibilidad financiera que lo permitiera<sup>65</sup>.

De esta manera, no se comprueba la configuración del elemento, al no existir otras pruebas con ese propósito para este interregno de tiempo, en el que la vinculación se dio a través de los mencionados contratos de prestación de servicios, sin que pudiera asegurarse que hubo subordinación y dependencia durante el desarrollo de estas actividades. Así sobre el elemento de la subordinación, necesario para declarar que la vinculación de la trabajadora obedeció a una de tipo laboral, aunque se hubiese pretendido disfrazar, no fue allegada prueba alguna.

Contrario a ello es posible establecer del clausulado del contrato que; si bien se establecieron turnos se indicó que estos serían asignados a los afiliados de forma equitativa y que en caso de alguna imposibilidad de encargarse de las actividades, el responsable de reasignar las mismas era el personal del sindicato escogido para ello; lo que deja entrever que tal cosa obedeció de forma principal a actividades propias de la coordinación necesaria para garantizar la prestación del servicio que fuera contratado.

---

Perdomo Cuéter, al discurrir: «[...] no todos los contratos de prestación de servicios que suscriba una institución de salud cuyo propósito sea justamente la asistencia médica, se enmarcarán en un contrato realidad con la mera aseveración de que está relacionado de manera directa con el objeto y misión de la entidad.

<sup>64</sup> Decreto 536 de 2004 por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 192 de la Ley 100 de 1993, artículo 1º. Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.

Así como el artículo 103 del Decreto 1438 de 2011 *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*; donde se estableció de forma expresa la prohibición de contratar el personal misional permanente a través de CTA.

Decreto 1429 de 2010 que dispuso la posibilidad de que los sindicatos participara en la gestión de las empresas y en la promoción del trabajo colectivo, celebrando contratos sindicales, garantizando su cumplimiento por parte de sus afiliados.

<sup>65</sup> Folios 78 y 79 del archivo 09 del expediente digital

Expediente: 19001-33-33-009-2017-00462-01  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ADRIANA MARÍA CARABALÍ CAICEDO  
Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. NORTE 3 PUERTO TEJADA Y OTROS.

Así entonces, es posible concluir que no se defraudó la finalidad con la que se estableció la posibilidad de que las ESE contrataran a través de esta figura la prestación de servicios requeridos para el funcionamiento de la entidad, pues dentro de este proceso se itera, no logró asegurarse que el hospital hubiese ejercido de forma directa la subordinación frente a la demandante, como elemento fundamental de la vinculación alegada; en consecuencia, no se puede declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, motivo por el cual no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda.

En cuanto al recurso de apelación relacionado con la responsabilidad y cubrimiento de las pólizas que fueran adquiridas por SINTRASALUD, observa la Sala que no es necesario pronunciarse, toda vez que no se reconoce la relación laboral y ningún derecho a la parte accionante, por lo que ello carece de objeto.

No habrá lugar a condena en costas por no reunirse los presupuestos exigidos en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso.

### **III.- DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO.** - REVOCAR la Sentencia No. 091 del 30 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo señalado.

**SEGUNDO.** - NO CONDENAR en costas de segunda instancia.

**TERCERO.** - NOTIFICAR la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

**CUARTO.** - DEVOLVER al juzgado de origen, una vez en firme esta decisión,

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Los magistrados,

Firmado electrónicamente  
DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Firmado electrónicamente  
JAIRO RESTREPO CÁCERES

Ausente con permiso  
ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado electrónicamente a través del aplicativo SAMAI. Para verificar su autenticidad, puede ingresarse a la página web <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalificador.aspx>