



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: TATIANA MARCELA SOLANO ORTIZ
Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO
Temas: Relación laboral encubierta o subyacente

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/ LEY 1437 DE 2011

I. ASUNTO

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Tatiana Marcela Solano Ortiz, en contra de la E.S.E. Hospital San José de Maicao.



II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹.

2.1.1. Pretensiones.

La señora Tatiana Marcela Solano Ortiz, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011², solicitó la nulidad del acto administrativo sin número del 1º de octubre de 2012 por medio de la cual la entidad accionada le negó la existencia de una relación laboral.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca, liquide y paguen las prestaciones sociales percibidas por el personal de planta de la E.S.E. desde el 2007 al 2010, sumas debidamente indexadas; además de los intereses moratorios.

¹ Folios 1 a 13.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».



Así mismo, requirió cancelar la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998 por el no pago oportuno de las cesantías y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 187, 192 y 195 del CPACA.

2.1.2. Hechos.

Señaló como fundamentos fácticos relevantes los siguientes:

1. La señora Tatiana Marcela Solano Ortiz laboró mediante contratos de prestación de servicios como fisioterapeuta en la E.S.E. Hospital de San José de Maicao durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

2. Indicó, que desempeñó las labores en atención al cumplimiento de un horario, de órdenes e instrucciones impartidas por su superior inmediato, asimismo que se encontraba sujeta al régimen de un empleado público.

3. Por lo anterior, el 27 de septiembre de 2012 solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento de una relación laboral, así como también el pago de las prestaciones sociales, petición que fue desatada negativamente, a través del acto administrativo sin número del 1º de octubre de 2012.



2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Como **normas vulneradas** citó los artículos 13, 23, 25, 29, 41, 49 y 53 de la Constitución Política; numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; los Decretos 3135 de 1968; 1959 de 1973, 1582 de 1998.

En el **concepto de violación** indicó que prestó sus servicios como fisioterapeuta en la entidad accionada de manera personal, bajo continua subordinación y recibía una contraprestación por sus servicios, de tal manera que se debía declarar una relación laboral y, en consecuencia, a título de indemnización reconocerse las prerrogativas de orden prestacional dejadas de percibir.

2.2. Contestación de la demanda.

El Hospital de San José de Maicao³, por intermedio de apoderado

³ Folios 97 a 103



judicial, se opuso a todas y cada una de las súplicas de la demanda, al estimar que no mantuvo una relación laboral con la accionante, comoquiera que su vínculo con la institución fue mediante de órdenes de prestación de servicios e indirectamente, a través de la Cooperativa de Profesionales de la Salud Coopesam.

De otra parte, indicó que las obligaciones contraídas habían sido desarrolladas de manera independiente y autónoma, sin subordinación e imposición de horarios, esto es, sin que se configurara uno de los elementos que determina la existencia de toda relación laboral

2.3. Trámite en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de la Guajira, en la audiencia inicial del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, instalada el 1º de abril de 2014⁴, advirtió que (i) no existían irregularidades o vicios y, por tanto, declaró saneado el proceso; (ii) en cuanto a las excepciones previas encontró que las propuestas eran de fondo; y (iii) fijó el litigio en los siguientes términos:

« El Despacho considera que la fijación del litigio consiste en verificar si entre las partes existe o existió una relación o vínculo o cual es la naturaleza del vínculo que existió entre la demandante la Sra. Tatiana Solano Ortiz y el Hospital San José de Maicao, 'toda vez que no se puede definir la naturaleza de dicho vínculo si se trata de un vínculo laboral o si se trata de un vínculo contractual, o si se trata de una relación legal y reglamentaria o si se trata de una relación contractual. Entonces el conflicto consiste en determinar cuál es la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes demandante y demandada.»



2.4. La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante sentencia 25 de septiembre de 2015⁵ accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, por lo que nulitó el acto administrativo sin número del 1º de octubre de 2012; ordenó a la entidad accionada reconocer y pagar las diferencias del salario, las prestaciones sociales y demás beneficios laborales que correspondieran al cargo de fisioterapeuta, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos durante el tiempo que se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, entre el 1º de marzo de 2008 y el 30 de noviembre de 2010; así como también el pago de los aportes a la seguridad social; negó las demás súplicas de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida dentro de la litis.

⁴ Folio 119 a 121.

⁵ Folios 140 a 155.



Sobre el particular, indicó que la demandante desempeñó el cargo de fisioterapeuta en la E.S.E. Hospital de San José de Maicao en atención a unas órdenes de prestación de servicios, a fin de atender las terapias respiratorias y físicas en pacientes hospitalizados, actividad que requería de la prestación personal del servicio, la cual era inherente a la entidad; asimismo, que se encontraba probado dentro del plenario que recibió una contraprestación por sus servicios.

Con relación a la subordinación, sostuvo que la naturaleza de la labor encomendada demostraba tal elemento, al desarrollarse en atención a las órdenes directas de sus superiores, lo cual desdibuja la figura de coordinación y por ende desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio.

De otra parte, encontró que desempeñó sus actividades durante 3 años continuos sin ningún tipo de interrupción, lo que en efecto indicaba la permanencia y necesidad de dichas labores en la institución.

En esa medida, resultaba reprochable el proceder de la entidad accionada, al tratar de esconder una relación laboral, por medio de contratos de prestación de servicios e indirectamente, a través de cooperativas de trabajo asociado.



Así las cosas, acreditados los elementos de una relación laboral se le debía reconocer las prestaciones sociales que percibían quienes desempeñaban el cargo de fisioterapeuta, tomando como base el valor de los pactado en los contratos de prestación de servicios.

Respecto de la sanción moratoria, precisó que no había lugar a su reconocimiento, comoquiera que el vínculo laboral era constitutivo, toda vez que es a partir de la ejecutoria de la sentencia que se cuenta el plazo legal para su consignación.

2.5 Recurso de apelación.

La E.S.E. Hospital San José de Maicao⁶, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación al considerar que la accionante fue vinculada a través de órdenes de prestación de servicios e indirectamente por medio de cooperativas de trabajo asociado, de tal manera que su vínculo no fue laboral, pues en sentir de la entidad apelante, durante la ejecución del objeto contractual la señora Solano Ortiz gozó de autonomía sin presencia de subordinación y sin el cumplimiento de un horario.

⁶ Folio 157 a 163.



En ese orden de ideas, las obligaciones contraídas por la actora fueron desarrolladas de manera independiente, informando a la entidad acerca de las responsabilidades a ella conferidas, como era apenas natural en una relación contractual.

De otra parte, sostuvo que en el presente asunto no procede la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, comoquiera que era claro que no existía la obligación de consignar dicho auxilio, dado que no existía una relación laboral con la entidad.

Por lo anterior, requirió se revoquen los numerales 1º y 2º de la sentencia recurrida y en consecuencia se nieguen las súplicas de la demanda.

2.6. Trámite en segunda instancia.

Por autos de 3 de agosto de 2016⁷ y 25 de octubre de la misma anualidad⁸, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al agente del Ministerio Público para conceptuar en segunda instancia, respectivamente.

La parte accionante⁹ indicó que prestó sus servicios bajo los preceptos de un contrato de trabajo y no de prestación de servicios, es decir, en cumplimiento de los elementos de toda relación laboral, esto es, la prestación personal, continua subordinación y recibía una contraprestación por su labor.

La entidad accionada y el Ministerio Público¹⁰ guardaron silencio.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, la Sala de Subsección procede a decidir previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Esta Subsección es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150¹¹ de

⁷ Folio 183.

⁸ Folio 188.

⁹ 212 a 215.

¹⁰ Folio 298.

¹¹ « El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos





la Ley 1437 de 2011.

3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.

De conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por la apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el asunto objeto de estudio la E.S.E. Hospital San José de Maicao es apelante única, por lo que la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada a lo expuesto en el recurso de apelación.

3.3. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala de Subsección abordar lo siguiente:

1. ¿si en el asunto bajo estudio se configuraron los elementos constitutivos de una relación laboral surgida entre la señora Tatiana Marcela Solano Ortiz y la E.S.E. Hospital San José de Maicao derivada además de los contratos de convenio asociativo, o si el *a quo* incurrió en alguna imprecisión?

2. De ser afirmativo el anterior interrogante ¿si en el presente asunto procede o no la sanción moratoria, por no pago oportuno de las cesantías?

3.4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

3.4.1 De la relación laboral encubierta o subyacente

En lo relacionado con el derecho al trabajo, el artículo 53 constitucional consagra los derechos fundamentales de los trabajadores relacionados con la igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las

susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. [...]».





fuentes formales de derecho y **primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes.**

Asimismo, el artículo 53 *ejusdem* establece que los convenios internacionales sobre el derecho al trabajo, debidamente ratificados por el Estado colombiano, forman parte de la legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). Por esta razón, desde el ámbito del derecho internacional, el principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT,¹² constituye, junto con otros principios convencionales,¹³ un axioma laboral de aplicación directa en el ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, al margen de lo previsto para el derecho al trabajo, en lo que respecta al contrato estatal de prestación de servicios (uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado), el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 lo recoge como un tipo de negocio jurídico o contrato típico, en los siguientes términos:

3. 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.

Como se ve, el anterior precepto establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales; sin embargo, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos

¹² Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.

¹³ Como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Colombia ratificó el «Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el derecho al trabajo como «(...) la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada».





configurativos de una relación laboral, a saber: la subordinación continuada, la prestación personal del servicio y la remuneración (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

En esa lógica, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado expuso la necesidad de generar una interpretación vinculante respecto del entendimiento del contrato estatal de prestación de servicios contemplado en el mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y la forma en que este queda desvirtuado para dar lugar a la declaratoria de una relación laboral encubierta o subyacente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada en consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores previstos en el señalado artículo 53 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado.

En tal sentido, en el citado fallo de unificación, al analizarse los elementos del contrato de trabajo (subordinación, prestación personal del servicio y remuneración), se reiteraron ciertos criterios elaborados por la jurisprudencia para identificar, en el marco de contratos estatales de prestación de servicios, el elemento de la subordinación, en cuanto condición *sine qua non* para declarar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, a saber:

- i) el lugar de trabajo, en el que precisó que en la actualidad se puede matizar ante el surgimiento de una «nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas»;
- ii) el horario de las labores, resaltando que el establecimiento o imposición de jornadas laborales o turnos deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido;
- iii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, que se materializa, por ejemplo, con el *ius variandi* o con la inserción del prestador del servicio en el círculo rector, organizativo o disciplinario de la entidad; y
- iv) que las actividades o tareas a desarrollar correspondan de manera idéntica, semejante o equivalente a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

No obstante lo anterior, la Sección precisó que aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad





sobre las formas; pero, de ninguna manera, una vinculación legal y reglamentaria, por lo que no es posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin satisfacer las exigencias del artículo 122 de la Carta Política.¹⁴

Finalmente, sobre este punto, determinó que incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia continuada, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia.

Expuestos los anteriores fundamentos, la Sección Segunda determinó las siguientes reglas de unificación:

- (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.
- (ii) La segunda regla establece 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 expediente.
- (iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.



En la primera regla, la sentencia fue enfática en destacar la importancia de dar cabal cumplimiento al principio de planeación, el cual exige a las entidades estatales, so pena incluso de nulidad, la utilización de sus recursos de la manera más eficiente; por esta razón, el «término estrictamente indispensable» puede advertirse en la fase precontractual, pues es allí donde la entidad justifica, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima imprescindible para la ejecución de un contrato futuro. De ahí que los contratos de prestación de servicios

¹⁴ Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez



no puedan concatenarse indefinidamente en el tiempo, cuando se suscriben con personas naturales.

En la segunda regla, la sentencia de unificación estableció en 30 días hábiles, en principio y como marco de referencia, el término de solución de continuidad para aquellos contratos de prestación de servicios que presenten interrupciones, cuya consecuencia jurídica es la de establecer la prescripción de derechos una vez declarada la relación laboral subyacente. En consecuencia, de no superarse dicho lapso, se puede concluir «la existencia de una unidad de vínculo contractual» siempre y cuando «se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades».

A este respecto, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, se reiteró que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en punto a la prescripción de derechos prestacionales derivados de la relación laboral encubierta o subyacente, ha venido aplicando la postura de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016,¹⁵ según la cual, en caso de encontrarse acreditada la relación laboral, quien pretenda su reconocimiento debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes contados a partir de la finalización del vínculo contractual, y, en aquellos casos donde se presente solución de continuidad entre contratos, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización,¹⁶ por lo que de no presentarse la reclamación en ese periodo, operará el fenómeno prescriptivo, salvo en lo relacionado con los aportes a pensión que no está sometidos a dicho término.¹⁷



¹⁵ sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005

¹⁶ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero **en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización**, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Negrita fuera del texto)

¹⁷ Siendo deber del juez administrativo pronunciarse en todos los casos, aun si no se hubiesen deprecado de forma expresa, en el sentido de ordenar que se realicen los aportes sobre las diferencias que se demuestren causadas, mes a mes, respecto de la parte que le correspondía a la entidad contratante como empleadora.



En igual sentido, mediante Auto del 11 de noviembre de 2021, la Sección Segunda aclaró que el término de la solución de continuidad unificado solo cobra relevancia si se configuran los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de no estarlo, no existe una relación laboral cuya duración deba ser examinada.

Finalmente, en la tercera regla, la Sección Segunda consideró improcedente la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista en exceso, por «constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».

Las reglas de unificación en cita constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ejusdem*, para todos los casos que se encuentren en estudio en la vía judicial y administrativa.

3.4.2. Cooperativas de Trabajo Asociado

De conformidad con la Ley 79 de 1988¹⁸ y el Decreto 4588 de 2006¹⁹, las cooperativas son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

Frente a este tipo de organizaciones, la Corte Constitucional²⁰ al analizar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 79 de 1988, señaló lo siguiente:

¹⁸ «**Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa**».

¹⁹ «**Artículo 3°.** *Naturaleza de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.* Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general».

²⁰ C-211 de 2000.





«Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la Cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente».

Seguidamente, en cuanto a las compensaciones que perciben los socios de estas cooperativas, manifestó lo siguiente:

«[...]

Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, "configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales debe sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general (...) "no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley".

Ello no quiere decir que tales derechos fundamentales no deban ser respetados o garantizados en las Cooperativas de Trabajo Asociado, pues éstos rigen para todas las modalidades de trabajo. De no entenderse así, habría que sostener inválidamente que la Constitución discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior. Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo».

3.5. Caso concreto.

3.5.1. De las pruebas





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: Tatiana Marcela Solano Ortiz

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Subsección advierte como relevantes las siguientes pruebas:

- La señora Tatiana Marcela Solano Ortiz suscribió con el Hospital San José las siguientes órdenes de prestación de servicios cuyo único objeto principal fue la de adelantar actividades como fisioterapeuta:

NO. ÓRDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	OBJETO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR	FOLIO
OPS 315 de 2007	ADELANTAR LABORES COMO FISIOTERAPEUTA	14 de marzo de 2007	31 de marzo de 2007	\$1.484.000	13-14
OPS 0318 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de marzo de 2008	31 de mayo de 2008	\$4.452.000	73 a 74
OPS 0648 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de junio de 2008	30 de junio de 2008	\$2.073.466	101-102
OPS 0886 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de julio de 2008	31 de julio de 2008	\$1.700.000	114-115
OPS 1226 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de agosto de 2008	31 agosto de 2008	\$1.700.000	125-126
OPS 1596 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de sept. de 2008	30 de sept. de 2008	\$1.700.000	133-134
OPS 1991 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de oct. de 2008	31 de oct. de 2008	\$1.700.000	144-145
OPS 2370 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de nov. de 2008	30 de nov. de 2008	\$1.700.000	154-155
OPS 2764 de 2008	<i>Ibidem</i>	1 de dic. de 2008	31 de dic. de 2008	\$1.700.000	165-166
OPS 0143 de 2009	<i>Ibidem</i>	2 de enero de 2009	31 de enero de 2009	\$1.785.000	176-177
OPS 0469 de 2009	<i>Ibidem</i>	2 de febrero de 2009	28 de febrero de 200	\$3.258.321	188-189
OPS 0811 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de marzo de 2009	31 de marzo de 2009	\$1.794.923	197-198
OPS 1413 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de abril de 2009	30 de abril de 2009	\$2.383.880	208-209
OPS 1484 de 2009	<i>Ibidem</i>	2 de mayo de 2009	31 de mayo de 2009	\$1.762.992	218-219
OPS 1827 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de junio de 2009	30 de junio de 2009	\$1.893.584	229-230
OPS 2127 de 2009	<i>Ibidem</i>	9 de julio de 2009	31 julio de 2009	\$1.958.880	240-241
OPS 2513 de 2009	<i>Ibidem</i>	4 de agosto de 2009	31 de agosto de 2009	\$1.958.880	251-252
OPS 2973 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de sept. de 2009	30 de sept. De 2009	\$1.958.880	262-263
OPS 3247 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de oct. de 2009	13 de oct. de 2009	\$848.848	273-274
OPS 4645 de 2009	<i>Ibidem</i>	1 de dic. de 2009	31 de dic. de 2009	\$1.958.880	284-285
OPS 0391 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de enero de 2010	31 de marzo de 2010	\$6.268.416	294-295
OPS 743 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de abril de 2010	30 de abril de 2010	\$1.958.880	325-326
OPS 1200 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de mayo de 2010	31 de mayo de 2010	\$1.958.880	336-337
OPS 1568 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de junio de 2010	30 de junio de 2010	\$1.958.880	346-347
OPS 1922 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de julio de 2010	30 de julio de 2010	\$1.958.880	356-357
OPS 2278 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de agosto de 2010	31 de agosto de 2010	\$1.958.880	365-366
OPS 2614 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de sept. de 2010	30 de sept. de 2010	\$1.958.880	372-373
OPS 2923 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de oct. de 2010	31 de oct. de 2010	\$1.958.880	380-381
OPS 3247 de 2010	<i>Ibidem</i>	1 de nov. de 2010	30 de nov. de 2010	\$1.958.880	388-389





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: Tatiana Marcela Solano Ortiz

- Es de advertir que obran dentro del plenario los siguientes contratos de prestación de servicios entre Coopesam cooperativa de trabajo asociado con la E.S.E Hospital San José de Maicao, de los cuales se desprende la siguiente información:

CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS	OBJETO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR PAGADO A FAVOR DE LA ACCIONANTE POR EL DESARROLLO DE LA LABOR DE FISIOTERAPEUTA	FOLIO
143 de 2007	PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DE MEDICINA GENERAL EN CONSULTA EXTERNA, TERAPISTAS RESPIRATORIAS, TERAPISTA OCUPACIONAL, TERAPISTAS FÍSICOS Y FONOAUDILOGÍA	1 de ag. de 2007	30 de ag. de 2007	\$1.484.000	19 a 25
189 de 2007	ibidem	1 de sept. de 2007	30 de sept. de 2007	\$1.484.000	31 a 36 y 40
208 de 2007	Ibidem	1 de oct. de 2007	31 de oct. de 2007	\$1.484.000	45 a 51



- Según certificado expedido por la Directora Administrativa del Hospital San José de Maicao el 21 de noviembre de 2013²¹, la actora laboró como fisioterapeuta bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios en la institución de manera directa desde el **1º de febrero de 2007 al 31 de marzo de la misma anualidad.** Asimismo, por medio de la cooperativa de profesionales de la Salud desde el **1º de abril de 2007 hasta el 28 de febrero de 2008** y nuevamente de manera directa con la entidad desde el **1º de marzo de 2008 hasta el 13 de octubre de 2009** y finalmente desde el **1º de diciembre de 2009 hasta el 30 de noviembre del mismo año.**
- El 1º de marzo de 2007²² el subgerente de la E.S.E. Hospital San José de Maicao citó a la accionante a reunión de entrega de protocolos de terapia respiratoria y pedidos de insumos del año 2007 para el 5 de marzo de la misma anualidad.
- El 8 de octubre de 2009²³ la actora le notificó al Coordinador de UCIN de la E.S.E. Hospital San José de Maicao que a partir del día **13 de octubre de 2009** suspendería sus labores, comoquiera que

²¹ Ver folio 110 cuaderno principal.

²² Folio 395.

²³ Folio 403.



al día siguiente sería sometida por prescripción médica a cesárea, actividades que en su lugar desempeñaría la fisioterapeuta Yamelis López **durante el periodo programado de incapacidad.**

- El 25 de noviembre de 2009²⁴ la demandante informó al Coordinador de UCIN de la E.S.E. Hospital San José de Maicao que retomaría sus labores a partir del **1º de diciembre del mismo año** por cuanto el periodo de incapacidad por licencia de maternidad.
- El **27 de septiembre de 2012**²⁵ la actora requirió a la E.S. E. Hospital de San José de Maicao el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales que de ella se derivan.
- Mediante el **acto administrativo sin número del 1º de octubre de 2012**²⁶, la entidad en atención a la anterior solicitud resolvió:

«PRIMERO: En cuanto a su petición incoada, para hacer efectivo el reconocimiento de la existencia de la relación laboral entre la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO y su poderdante Señora TATIANA MARCELA SOLANO ORTIZ, y posteriormente el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales, esta entidad no puede acceder a lo solicitado en las pretensiones planteadas.

SEGUNDO: Como es de su conocimiento y según lo manifestado en el acápite correspondiente a los hechos esgrimidos del contenido petitorio, precisamente en el numeral PRIMERO, el cual de manera textual consigna: "Mi poderdante fue vinculada como fisioterapeuta, mediante Ordenes y Contratos de Prestación de servicios...", me permito aclararle que al suscribirse una Orden de Prestación de Servicios y/o un Contrato de Prestación de Servicios, se realizó conforme a un objeto previamente establecido, el cual fue conocido y aceptado por su prohijada, en aras de entender que esta entidad no poseía un cargo igual o similar, que de manera deductiva le permitiera a usted concluir que el citado señor pudo haber estado incorporado en la planta de personal.

TERCERO: Las Empresas Sociales del Estado, son entidades de carácter público; en el caso que nos ocupa, la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO, a través del acuerdo de la JUNTA DIRECTIVA No. 010 del 25 de julio del 2008, creó el Manual de Contratación, ajustado a los parámetros de la Ley 80 de 1993, las normas civiles y comerciales y demás normas aplicables al caso, es por ello que el citado manual le otorgo facultades a esta entidad para realizar Ordenes de Prestación de Servicios y/o Contratos de Prestación de Servicios.

[...]

²⁴ Folio 404.

²⁵ Folio 1 a 4 del cuaderno 1 e pruebas.

²⁶ Folio 8 al 10.





SEXTO: Es evidente, que la relación existente entre la señora TATIANA MARCELA SOLANO ORTIZ Y la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSE DE MAICAO, fue de conformidad al régimen jurídico aplicable a esta entidad soportadas bajo los parámetros establecidos en el Manual de Contratación, ajustados a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, las normas civiles y comerciales y demás normas aplicables al caso; deduciendo con ello que por esta razón no existió ningún tipo de relación de orden laboral.

Así mismo, se debe tener en cuenta que en el caso de su poderdante, con respecto al tipo de relación existente con la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO, no se encontraba previamente establecido los tres factores para determinar que la relación fue laboral y no contractual; por cuanto no estaba sometida a ningún horario, desarrollaba con autonomía sus tareas contratadas y no dependía de ningún funcionario de planta de esta entidad.

Ante tal situación, solo con enunciar la simple manifestación del peticionario, no se constituye un mecanismo indispensable como prueba para desvirtuar la existencia de un Contrato de Prestación de Servicios, en el entendido que lo que se dio fue una relación estrictamente Laboral; desconociendo de tal manera la naturaleza jurídica del contrato, que es un acuerdo de voluntades y como tal es ley para las partes.

De conformidad con las razones expuestas anteriormente, en mi condición de Representante Legal de la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSE DE MAICAO, y en aras de responder su petición invocada como medio para agotar la vía gubernativa, me permito manifestarle que esta entidad no procederá a reconocer algo distinto a la existencia de un CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS, por tal motivo no será procedente su petición». Resaltado y negrilla de la Sala.



- Según el acta de la audiencia de pruebas, dicha diligencia fue instalada el 1º de abril de 2014²⁷ y se le recepcionó el testimonio a la señora Kendris Carrillo Ibarra, no obstante una vez revisado el plenario, es de advertir que no reposa el CD que contiene dicho testimonio, ni tampoco fue transcrito dentro de la misma, luego entonces, comoquiera que no fue objeto de discusión por la entidad accionada dentro del marco de la apelación, la Sala tendrá en cuenta las pruebas relacionadas previamente.

3.6. Análisis de la Sala

La entidad accionada en el curso de la apelación insiste en que no hay lugar a declarar una relación laboral entre las partes, por cuanto es claro que la actora estuvo vinculada directamente con la E.S.E. Hospital San José de Maicao, a través de órdenes de prestación de servicios e indirectamente había sido contratada por medio de cooperativas de trabajo asociado.

²⁷ Folio ver folios 153.



Ahora bien, respecto de esta última modalidad la Subsección en sentencia del 15 de julio de 2019²⁸ sostuvo que «[...] la finalidad, estructura y funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y, por consiguiente, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos laborales constitucionalmente protegidos. Es decir, que el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para eludir las obligaciones de carácter laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, so pena de comprometer su responsabilidad ante las autoridades correspondientes», razón por la cual, cuando «[...] el asociado sea vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, y pretenda que en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se reconozca la existencia de una relación laboral, deberá acreditar que se han consolidado los elementos propios de la misma, a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación».

En esa medida, procede la Sala a determinar si en efecto, en el presente asunto se encuentran demostrados los elementos propios de toda relación laboral.



Del material probatorio relacionado en el acápite precedente se tiene que la actora, en efecto, fue vinculada directamente por la E.S.E. Hospital San José de Maicao, mediante órdenes de prestación de servicios e indirectamente contratada por la cooperativa de trabajo asociado Coopesam, cuyo objeto contractual en ambos casos fue siempre el mismo, es decir, prestar sus servicios de fisioterapeuta en la entidad hospitalaria.

De ahí que, esta subsección²⁹ en relación con la actividad fisioterapéutica en la modalidad de contrato de prestación de servicios, ha sostenido:

«Por las características propias de este tipo de actividad (fisioterapéutica y Coordinación de Salud Ocupacional) **es claro que la actora no podía proceder de manera autónoma a desplegar sus actividades, sino que necesariamente debía estar sujeta a un plan de capacitación, instrucciones, jornada de trabajo, programación de jornadas y asesorías en la prevención de enfermedades**»

²⁸ Radicado 76001-23-31-000-2011-01249-01(2164-18), con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez.

²⁹ Sentencia 10 de julio de 2014; radicado 47001-23-33-000-2012-00010-01 (2474-13); C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: Tatiana Marcela Solano Ortiz

profesionales y, en general, a unas actividades prefijadas a un plan de apoyo y asesoría para la vigencia del programa de salud ocupacional, acorde con el plan de Gestión en esa área establecido por la entidad demandada, donde se comprueba la subordinación a que estaba sujeta en el cumplimiento del servicio.

La Sala concluye que la actora desempeñó una actividad igual a la que cumplían los demás empleados de la Planta de la ESE Hospital Nuestra Señora del Carmen, lo cual permite concluir que se está frente a un contrato realidad, que puede generar efectos jurídicos y patrimoniales para la Administración y para el servidor que ha sido contratado en esas condiciones. En este caso la actora fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios y los mismos fueron desvirtuados, los cuales contradicen la cláusula octava de los mismos que excluyen la relación laboral: "...Por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales el presente contrato será ejecutado por el contratista con absoluta autonomía e independencia y en desarrollo del mismo no genera vínculo laboral..." (fl. 671). Con base en lo anterior, se demostró que en realidad se trató de un vínculo laboral igual o similar al de quienes desempeñan tales funciones en la Planta de Personal de la entidad acusada, pero disfrazado o disimulado bajo una apariencia (contrato de prestación de servicios), en cuyo caso se estará frente a un contrato realidad.

[...]

En conclusión, como quiera que están demostrados los tres elementos propios de la relación laboral, en relación con la ejecución de los contratos de prestación de servicios aducidos por la demandante, los cuales quedan desvirtuados toda vez que se acreditó la prestación personal del servicio a través de sus funciones como fisioterapeuta y Coordinadora de Salud Ocupacional en la entidad demandada, se encontraba subordinada a la misma y dependía de ella, pues recibía órdenes y obedecía requerimientos y solicitudes de sus superiores y a cambio percibía una remuneración mensual por los servicios prestados, el proveído impugnado que accedió a las súplicas de la demanda será confirmado de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos, pero se adicionará en el sentido de precisar que en la liquidación también deberá incluirse el 20% correspondiente al "reconocimiento por coordinación". »



Lo anterior permite concluir que el ejercicio de las funciones desplegadas por un fisioterapeuta comporta el elemento de subordinación, por cuanto es claro que no puede desarrollar tal actividad sin estar sujeto a las órdenes e instrucciones impartidas por sus superiores, lo cual en efecto desvanece la figura de coordinación y desvirtúa la autonomía con la que se presta el servicio que se entiende es personal y que percibe una contraprestación por la labor encomendada, circunstancias que solo demuestran un relación laboral entre las partes, tal como ocurrió en el presente asunto.

En ese sentido, no es de recibo para la Sala cuando en el curso de la apelación la parte accionada manifiesta que no se puede predicar una relación laboral entre las partes, toda vez que la actora



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: Tatiana Marcela Solano Ortiz

mantuvo un vínculo meramente contractual con la entidad e indirectamente, a través de cooperativas de trabajo asociado en calidad de intermediaria, por cuanto resulta evidente que están demostrados los elementos de la misma, pues prestó sus servicios de manera personal; estuvo subordinada por sus superiores cuando adelantó labores de fisioterapeuta y percibía una contraprestación la cual fue pactada en cada uno de los contratos relacionados previamente, la misma que perduró por más de tres años con algunas interrupciones.

Así las cosas, comoquiera que en efecto, se probó la relación laboral entre la señora Tatiana Marcela Solano Ortiz y la E.S.E. Hospital San José de Maicao, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

De otra parte, es de advertir que en el curso de la apelación la entidad accionada discrepó de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, sin embargo una vez analizada la sentencia recurrida se puede observar que el *a quo* negó tal pretensión, al estimar que el vínculo laboral era constitutivo, es decir, que era a partir de la ejecución de la sentencia que se contaba el plazo legal para su consignación, por ende resultaría innecesario hacer un análisis de fondo cuando la misma fue negada desde la primera instancia.



3.7. De la condena en costas en segunda instancia.

En atención con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección³⁰ y al criterio objetivo valorativo de causación de costas procesales, previsto en el artículo 188 del CPACA se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, pues se cumple lo previsto en el numeral 3º. del artículo 365 del Código General del Proceso, es decir, que se confirmará la sentencia recurrida, además que se demostró su causación, toda vez que intervino la parte contraria, pues presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³⁰ Ver, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 2016, radicado 2013-00270-03 (3869-2014).



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado: 44001-23-33-000-2013-00087-01 (0826-2016)
Demandante: Tatiana Marcela Solano Ortiz

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR sentencia de 23 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Tatiana Marcela Solano Ortiz, en contra de la E.S.E. Hospital San José de Maicao.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad accionada.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **AUSENTE CON PERMISO**
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>