



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado ponente

SL1174-2022

Radicación n.º 84079

Acta 4

Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de dos mil veintidós (2022).

La Sala decide el recurso de casación que **CARLOS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió el 21 de noviembre de 2018, en el proceso que el recurrente promueve contra el **HOSPITAL NIVEL II SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E.** y en el que se llamó en garantía al **SINDICATO DEPARTAMENTAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD-SINTRASALUD.**

I. ANTECEDENTES

El accionante solicitó que se declare que: (i) entre él y el Hospital referido existió un contrato de trabajo desde el 7 de febrero de 2006 y hasta el 30 de junio de 2016, y (ii) ostentó la calidad de trabajador oficial de tal entidad.

En consecuencia, requirió que se condene al demandado al pago de los reajustes salariales, las horas extras diurnas de dominicales y festivos, las prestaciones convencionales, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones, las vacaciones de los tres últimos años de servicio, las cesantías e intereses a las mismas, el reintegro del porcentaje correspondiente de aportes a la seguridad social que realizó como contratista independiente, las cotizaciones por tales riesgos que *«debe pagar la entidad demandada como empleador»* con el salario que corresponda, la indemnización moratoria del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 o, en su defecto, la indexación de las condenas, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que ejerció las funciones propias del cargo de técnico biomédico en favor del accionado, así: (i) del 7 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, por medio de la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopservicios y (ii) desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016, a través de varios contratos colectivos sindicales suscritos entre la E.S.E. demandada y la organización sindical Sintrasalud.

Explicó que en la actividad que desempeñó concurrieron los elementos que configuran un contrato de trabajo, por tanto, tiene derecho al reconocimiento de los conceptos que reclama. Agrega que el 6 de julio de 2016 solicitó al hospital el pago de tales acreencias, pero la entidad

lo negó a través de oficio de 28 de ese mes (f.º 107 a 123, cuaderno 1).

Al contestar el escrito inaugural, el convocado a juicio se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos en que se basa, adujo que no eran ciertos o no le constaban.

Manifestó que en este asunto no se configuraron los elementos constitutivos de una relación laboral, dado que no celebró ningún contrato con el actor y este se vinculó voluntariamente a través de cooperativas y organizaciones sindicales.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del contrato realidad, inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido, compensación, *«inexistencia de contrato estatal que dé lugar a contrato realidad entre el hospital y la demandante»*, *«cláusula de indemnidad»* y prescripción (f.º 138 a 156).

Además, llamó en garantía a Sintrasalud, al considerar que *«la relación o vínculo que se trabó con el demandante»* fue con esta organización sindical, respecto de la cual tiene la facultad de exigirle el pago total que tuviese que hacer en caso que se dicte una sentencia favorable (f.º 1 a 3, cuaderno 2).

El juez de conocimiento admitió esta petición mediante auto de 8 de marzo de 2017 (f.º 454 y 455). Al dar respuesta a

la demanda y al llamamiento en garantía, la organización sindical se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó su vínculo contractual con el hospital Susana López de Valencia E.S.E.; que el actor es afiliado al sindicato y prestó servicios a la entidad pública accionada en ejecución de un contrato sindical; sin embargo, aclaró que el reclamante no desempeñó un cargo especial o exclusivo, pues esta modalidad no corresponde a dicho contrato ni sostuvo una relación laboral con la asociación sindical, y que la terminación del vínculo que los unió obedeció al vencimiento del contrato sindical. Respecto a los demás, expuso que no le constaban los relativos a otros tipos de vinculaciones, por tratarse de periodos en los cuales no estuvo involucrada.

Como medios exceptivos, formuló los de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las pretensiones demandadas, compensación, prescripción y la genérica (f.º 162 a 170, cuaderno 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 5 de febrero de 2018, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Popayán dispuso (f.º 193 a 198):

PRIMERO: Declarar que entre el 7 de febrero de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2009 entre el señor Carlos Alberto Díaz López y el Hospital Nivel II Susana López de Valencia existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

SEGUNDO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 declárese la prescripción de todos aquellos derechos laborales de orden salarial, prestacional e

indemnizatorio, derivados de la existencia de este contrato de trabajo, exigibles a partir del 31 de diciembre de 2009 habiéndose interpuesto la demanda el 13 de octubre de 2016.

TERCERO: Negar la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016 al encontrarse probada la existencia del contrato sindical celebrado entre la organización sindical Sintrasalud y la E.S.E. Hospital Susana López de Valencia en atención a lo dispuesto en los artículos 481 y 482 del C.S.T. y del artículo 1 del Decreto 1429 de 2010.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandante (...).

SEXTO: En el evento de que esta sentencia no fuera apelada súrtase el grado jurisdiccional de consulta.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, a través de providencia de 21 de noviembre de 2018 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la decisión del *a quo* y le impuso costas a aquel (f.º 9, cuaderno del Tribunal).

Para los fines que interesan al recurso extraordinario, el *ad quem* manifestó que no se discutía en el proceso que: (i) el demandante estuvo afiliado a Coopservicios del 7 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, en calidad de trabajador oficial al servicio del hospital Susana López de Valencia; (ii) estuvo vinculado a Sintrasalud y (iii) desde enero de 2010 prestó sus servicios a través de diversos contratos sindicales.

Así, precisó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre el demandante y la institución de salud demandada existió una relación laboral desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016.

En esa dirección, el Tribunal inicialmente aclaró que el contrato de trabajo realidad surge por la aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, según el cual prima la realidad sobre las formalidades y se materializa cuando se configuran los elementos sustantivos del contrato de trabajo.

Luego advirtió que el contrato de trabajo que prevé el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y el sindical regulado en los artículos 482 a 484 *ibídem*, reglamentados por el Decreto 1429 de 2010, contienen diferencias sustanciales, pues en el primero el individuo se compromete a prestar un servicio o ejecutar una labor de manera personal sujeto a la dependencia directa de una persona que se beneficia de la misma, quien en contraprestación se obliga a cancelar los salarios y las prestaciones sociales; mientras que en el segundo el vínculo surge entre el sindicato y la persona jurídica o empresario que contrata una prestación de servicios, cuyo único interés reside en que las labores se realicen conforme a lo pactado, caso en el cual el sindicato responde directamente por la prestación del servicio o la realización de la obra y por el pago a los afiliados que ejecutan el contrato. En apoyo citó el fallo CSJ SL 11 feb. 2009, rad. 32756.

En ese orden, advirtió que la relación jurídica que surge entre la asociación sindical, el contratante y los asociados ejecutores no se rige por las reglas de un contrato de trabajo, pues en él no se configura el elemento de la subordinación, de acuerdo con la sentencia CC T-303 de 2011.

Conforme a las anteriores precisiones, apreció que los elementos de pruebas suministrados dan cuenta que *«la actividad invocada por el aquí accionante, en principio, constituye la desempeñada por un trabajador oficial con lo cual radica, en esta jurisdicción el conocimiento del presente asunto, dado que se dedicaba a labores de mantenimiento de la planta biomédica del Hospital demandado»*.

Asimismo, adujo que prestó sus servicios al Hospital Susana López de Valencia de forma continua e ininterrumpida entre el 1.º de enero de 2010 y el 30 de junio de 2016, lo que da lugar a la presunción de la subordinación en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945; no obstante, *«dicha prestación se efectuó en el contexto del contrato sindical, habiéndose desvirtuado tal presunción con las pruebas obrantes en el proceso que dan cuenta que el sindicato ejercía la dirección de la actividad desarrollada por el accionante en la ejecución del contrato sindical»*.

Ello, porque el demandante afirmó en el interrogatorio de parte que el sindicato le pagaba las compensaciones económicas, determinaba la continuidad de su labor, decidía sobre los llamados de atención que le hacía la jefe de mantenimiento, autorizaba los permisos y asignaba los

turnos de trabajo; hechos que coinciden con las manifestaciones de los testigos Nicolás Antonio Oliveras Mercado, Beatriz Elena Anacona Semanate y Mario Andrés Belalcázar Rodríguez.

Indicó que aunque aquellos testigos señalaron que desde su vinculación con cooperativas realizan actividades permanentes de la entidad, ello no conlleva por sí mismo la consolidación de la subordinación, pues esta depende de la forma y condiciones en la que fue ejecutada la labor por parte del contratista.

Por otra parte, advirtió que las actividades que realizó la jefa de mantenimiento de la entidad accionada estuvieron encaminadas a verificar el cumplimiento del objeto contractual en el marco de la coordinación y ejecución del contrato suscrito con el sindicato, *«sin que pueda corroborarse de manera algunas medidas impartidas bajo el poder de subordinación»*. Asimismo, que el sindicato no ejerció labores de subordinación sino de coordinación y supervisión. Y si bien el actor estaba sujeto a un horario, tal circunstancia *«se constituía en un requerimiento que resultaba conveniente para la ejecución del contrato»*.

Al respecto, aclaró que *«así cumplan órdenes, horarios y demás condiciones para la ejecución de sus labores, no se entienden sometidos al elemento sustantivo de la subordinación, pilar esencial para la configuración del contrato de trabajo realidad, pues al contar con la doble condición, asociados y contratistas, esto es, someterse al*

reglamento del contrato sindical que suscriben, se están autosubordinando con la guía de un coordinador que a su vez es afiliado partícipe».

En el anterior contexto, el *ad quem* afirmó que el contrato sindical no es ineficaz, toda vez que no se probó que tuviera la finalidad de simular una relación de trabajo que condujera a una simple intermediación laboral.

Por último, en cuanto a que se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 7 de febrero de 2006 y el 31 de diciembre de 2009, indicó que se trataron de vínculos contractuales diferentes, toda vez que los testigos Nicolás Antonio Oliveras Mercado y Mario Andrés Belalcázar Rodríguez afirmaron que para la época de vinculación del demandante a Cooperservicios, si bien esta realizaba el pago de la remuneración y daba los permisos, la parte técnica, coordinación, supervisión, planificación y control era ejercida por la oficina de mantenimiento del Hospital.

De este modo, concluyó que entre el actor y el Hospital no se ejecutó un contrato de trabajo en el tramo de los contratos sindicales.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario lo interpuso el demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte «*case totalmente*» la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, se revoque la de primer grado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos, que no fueron objeto de réplica. Por razones de método, la Corte los estudiará conjuntamente.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía directa, acusa la infracción directa de los artículos 20, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 17 del Decreto 1876 de 1994 y el parágrafo del artículo 674 del Decreto 1298 de 1994, que condujo a infringir el artículo 53 de la Constitución Política.

En la demostración del cargo, la censura manifiesta que el Tribunal pasó por alto la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y que a la demandada le correspondía desvirtuarla, lo que no aconteció.

Asimismo, que le asignó una preponderancia indebida al contrato sindical con Sintrasalud para establecer que en su desarrollo no puede existir subordinación sino una relación de asociación en un plano de igualdad, pensamiento que hizo descender del rango constitucional al principio de primacía de la realidad sobre las formas. Y señala que esto

condujo a rechazar su condición de trabajador oficial conforme al parágrafo del artículo 674 del Decreto 1298 de 1994, de modo que el Tribunal no aplicó la norma pertinente al caso y, en su lugar, empleó las relativas al contrato sindical.

Indica que se desconoció la continua subordinación que ejerció el hospital demandado durante más de 10 años, en los cuales desempeñó funciones permanentes y propias de mantenimiento de la infraestructura física de dicho ente.

VII. CARGO SEGUNDO

Por la vía indirecta, acusa la aplicación indebida de los artículos 3.º, 5.º, 6.º y 20 del Decreto 2127 de 1945; 17 del Decreto 1846 de 1994 y el parágrafo del artículo 674 del Decreto 1298 de 1994, como violación de medio para la infracción de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Señala que el *ad quem* cometió estos errores de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que con ocasión del vínculo del demandante mediante contrato colectivo sindical, a partir del 1 de enero de 2010 desapareció la subordinación jurídica con la entidad demandada.

2. No dar por demostrado, estándolo, que las funciones desempeñadas por el actor son las propias y permanentes que corresponden a las de un trabajador oficial de la entidad, a pesar de la intermediación del contrato colectivo sindical a partir del año 2010.

Indica la falta de apreciación de las siguientes pruebas:

(i) las copias de los escritos de fechas 27 de diciembre de

2013, 8 de abril, 12 de mayo, 30 de noviembre y 14 de diciembre de 2015, 3 de febrero y 26 de mayo de 2016, a través de los cuales solicitó permisos laborales, cambios de «*días libres*» y disfrute de vacaciones, respectivamente, los cuales fueron firmados y autorizados por la jefe de mantenimiento de la entidad; (ii) correo electrónico del mensaje interno que el hospital le envió, a través del cual le imparte órdenes directas y «*le exigen explicaciones sobre el incumplimiento en un horario fijo, de rondas que se deben realizar a las 07:00 AM diariamente*», y (iii) Los testimonios de Nicolás Oliveras y Mario Andrés Belalcázar, quienes afirmaron la permanente dependencia, cumplimiento de horarios y turnos rotativos de trabajo impartidos por un funcionario del hospital.

En el desarrollo aduce que el Tribunal realizó una incorrecta calificación jurídica probatoria de los hechos que acreditaban el contrato de trabajo y reitera que la accionada no desvirtuó la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, de modo que aquel invirtió la carga de la prueba.

Afirma que los documentos y, especialmente los testimonios, acreditaban la subordinación permanente en el cumplimiento de su labor como técnico de la planta física del hospital accionado, en tanto tenía que reportar y dar cuenta de sus actividades a la ingeniera jefe de mantenimiento de la entidad, que era su superior; y también la poca o nula autonomía que tenía en el ejercicio de su trabajo.

Asimismo, porque acreditó la forma en que se simuló por más de 10 años la verdadera relación laboral entre las partes, inicialmente mediante asociación cooperativa y finalmente por contrato sindical en el cual la referida ingeniera fungió como supervisora del mismo.

VIII. CONSIDERACIONES

No se discute en sede casacional que: (i) entre el demandante y el Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E. existió un verdadero contrato de trabajo desde el 7 de febrero de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2009, por intermedio de la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopservicios; (ii) los distintos contratos sindicales que la E.S.E. demandada y la organización sindical Sintrasalud suscribieron desde el 1.º de enero del 2010, y de los cuales el actor fue partícipe en calidad de afiliado de esa organización sindical, y (iii) el accionante desempeñó labores de *mantenimiento* de la planta biomédica del hospital demandado durante todo el tiempo que prestó sus servicios.

Así, conforme al argumento de los cargos, la Sala debe resolver si el *ad quem* (i) trasgredió el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y (ii) si por esta vía se equivocó al concluir que entre el hospital accionado y el actor no existió una relación laboral subordinada durante el tiempo que estuvo vinculado a través de los contratos sindicales suscritos entre dicha entidad pública y Sintrasalud.

Para ello, la Corte abordará: (1) la institución jurídica del contrato sindical y las restricciones de su uso en las actividades misionales permanentes de las entidades estatales; (2) la naturaleza y forma legal de vinculación de las funciones de mantenimiento, instalación y adecuación de la infraestructura hospitalaria, y (3) el caso concreto.

1. El contrato sindical–límite legal en las actividades misionales permanentes de las entidades estatales

En la reciente sentencia CSJ SL3086-2021, la Corte destacó que en los términos del artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato sindical es reglado, solemne, nominado y principal, hace parte del derecho colectivo del trabajo y atiende fines constitucionalmente legítimos toda vez que promueve el trabajo colectivo y, a través de él, las organizaciones sindicales pueden ser más dinámicas y participativas, materializar sus objetivos, promover sus intereses y agenciar recursos económicos.

Asimismo, que si bien la duración, revisión y extinción del contrato sindical se rigen, en principio, por las normas del contrato individual de trabajo, lo cierto es que la naturaleza y fines de cada uno es distinta. Ello porque a diferencia de un acuerdo laboral, el contrato sindical puede considerarse *sui generis* y con rasgos netamente civiles (CSJ SL, 11 feb. 2009, rad. 32756), pues supone una forma de trabajo organizado, cooperativo y autogestionado en el que los trabajadores, ubicados en un *plano de igualdad*, ponen al

servicio de otra persona la realización de ciertas obras o la prestación de servicios por parte del sindicato.

Nótese que por la naturaleza misma de las actividades contratadas en el marco de un contrato sindical y la forma en que las maneja una organización autogestionaria, por regla general se descarta que en su ejecución se desarrollen relaciones laborales subordinadas entre los afiliados y el beneficiario del servicio.

En esta dirección, si bien el contrato sindical podría ser un mecanismo legítimo para suplir ciertas y concretas demandas de servicios, lo cierto es que si la relación triangular se usa con la intención de deslaborar a los trabajadores y suplir actividades misionales permanentes, la reacción del orden jurídico, a la luz del principio de la realidad sobre las formas, es declarar el contrato de trabajo con el ente contratante y, conforme al artículo 5.º del Decreto 2127 de 1945, reputar al falso contratista como un simple o *puro intermediario*.

Es oportuno destacar que dicho principio está reconocido en la Constitución Política -artículo 53- como un mandato según el cual debe privilegiarse la realidad empírica, material y objetiva en la que se desarrolla el trabajo, sobre las formalidades pactadas por los intervinientes de la relación (CSJ SL4330-2020).

Ahora, aunque las dinámicas de la tercerización laboral no son totalmente ajenas a las entidades oficiales, debe

tenerse en cuenta que existen límites precisos expresamente consagrados en la ley y reconocidos por la jurisprudencia nacional, especialmente tratándose de actividades misionales permanentes, casos en los cuales la regla general es la prohibición de contratación laboral externa.

Así está previsto para la celebración de contratos de prestación de servicios -artículos 2.º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el 1.º del Decreto 3074 de igual año, y 17 de la Ley 790 de 2002 en armonía con la sentencia CC C-614-2009-, cooperativas de trabajo asociado y cualquier *«otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes»* -artículo 63 de la Ley 1429 de 2010-, entre las cuales se incluye, desde luego, a los contratos sindicales -CSJ SL3086-2021-, previsión que se consagró en iguales términos para las instituciones de salud -artículo 103 de la Ley 1438 de 2011-.

Según la jurisprudencia, solo es posible que estos entes públicos desarrollen sus funciones mediante la contratación de terceros o entidades privadas u operadores externos, siempre que: (i) no recaiga sobre funciones permanentes o propias de la entidad, sino temporales o transitorias; (ii) se trate de actividades que no puedan realizarse con personal de planta de la entidad; (iii) se requieran conocimientos especializados -artículo 59 *ibidem*, CC C-171-2012; y, desde luego, (iv) se ejecuten de forma autónoma (CSJ SL, 24 abr. 2013, rad. 43043, SL4815-2020 y SL965-2021, entre otras).

Conforme lo anterior, el contrato sindical no puede ser instrumentalizado para suministrar ilegalmente personal subordinado en actividades misionales permanentes de las entidades estatales y ocultar así verdaderas relaciones laborales. Precisamente en la citada decisión CSJ SL3086-2021 la Corte enfatizó que *«los sindicatos no se pueden convertir en un triste sucedáneo de las cooperativas de trabajo asociado, que ejercían labores de suministro de personal de manera fraudulenta, luego de la prohibición generada normativa y jurisprudencialmente, que vino a ser refrendada con el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010»*.

2. Naturaleza y forma legal de vinculación de las funciones de mantenimiento, instalación y adecuación de la infraestructura hospitalaria

La ley prevé que estas funciones hacen parte de los objetivos de las empresas sociales del Estado y su ejercicio presupone la calidad de trabajador oficial. Así lo indica el artículo 4.º, literal e) del Decreto 1876 de 1994, que establece que uno de los objetivos de estas entidades es justamente *«Satisfacer los requerimientos del entorno, adecuando continuamente sus servicios y funcionamiento»*.

Asimismo, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el precepto 26 de la Ley 10 de 1990, señala que el régimen laboral del personal vinculado a dichas entidades está compuesto por empleados públicos y trabajadores oficiales, y precisa que las funciones de estos últimos son para *«quienes desempeñen cargos no directivos destinados al*

mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones», supuesto que se ratifica en el artículo 674 del Decreto 1298 de 1994, que el censor acusa como infringido directamente en el primer cargo.

Por lo tanto, es evidente que la función que ejerció el demandante, esto es, mantenimiento de la planta biomédica, recaía sobre una actividad misional permanente del hospital accionado y, en concordancia con ello, prevista expresamente para proveerla con la planta de personal de trabajadores oficiales de la empresa social del Estado.

3. Análisis del caso concreto

Conforme a las consideraciones jurídicas expuestas, se advierte que el Tribunal incurrió en la transgresión legal que le endilga la censura.

En efecto, lo explicado es suficiente para dar cuenta que la contratación externa que ejerció el hospital fue ilegal, toda vez que recaía sobre una actividad misional permanente del hospital accionado y que por disposición legal está prevista para que la ejerza el personal de planta.

Así, de la mano de los supuestos no discutidos en casación, el Tribunal desconoció que dicha entidad ejerció esta contratación contraria a la ley por más de 10 años -7 de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2016-, lo que de suyo evidenciaba

una contratación fraudulenta y un indebido uso del mecanismo de tercerización laboral.

En el anterior contexto, es evidente que el *ad quem* se quedó en un terreno estrictamente formalista al resaltar las características del contrato sindical y, a partir de ellas, señalar que no podía considerarse que en el asunto se configuró un contrato de trabajo subordinado. Al pensarlo así, desconoció de forma evidente el mencionado principio de primacía de la realidad sobre las formas, postulado que es fundamental para evidenciar las vinculaciones fraudulentas.

Por otro lado, el *ad quem* pasó por alto que la afiliación sindical del actor obedeció al mero cumplimiento de una condición que un empleador encubierto le impuso a fin de acceder o continuar en un empleo.

Sobre este particular, es oportuno destacar que de forma reciente y al resolver un asunto bastante similar al ahora debatido, en la sentencia CSJ SL4332-2021 la Corte explicó que el derecho de asociación sindical, como aspecto esencial de la libertad sindical, es un concepto transversal y amplio que, en su faceta *individual*, le garantiza a los trabajadores la libertad de crear las organizaciones que estimen pertinentes, junto con los derechos a afiliarse o no al sindicato o retirarse de las mismas y a no ser discriminados por ello (CSJ SL3597-2020); y que esto es lo que la doctrina ha denominado *libertad sindical positiva y negativa*.

Sin embargo, dichas libertades se transgreden si la persona es obligada a afiliarse a un sindicato a fin de obtener o mantener un empleo. Estas estipulaciones son equivalentes a aquellas que la doctrina denomina *cláusulas de seguridad sindical*, respecto de las cuales el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que cuando «*exigen la afiliación a una organización dada como condición para obtener trabajo, puede producirse una discriminación injusta si se establecen condiciones irrazonables para la afiliación de las personas que la soliciten*»¹.

Además, la Sala advierte que el análisis fáctico propuesto ratifica que el demandante era realmente subordinado por la accionada y que Sintrasalud únicamente actuó como un puro intermediario.

En efecto, los documentos de folios 49 a 55, 346 a 362 y 60 a 62 que denuncia la censura, dan cuenta que si bien las solicitudes de permisos, vacaciones y cambios de «*días libres*» fueron dirigidas por el demandante al representante legal de Sintrasalud, lo cierto es que estas siempre iban acompañadas de la rúbrica de la «*ingeniera Beatriz Anacona*», profesional universitaria de mantenimiento del hospital accionado y supervisora del contrato sindical, en señal de autorización y algunas de estas con la nota adicional de

¹ Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. 6ª ed. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, párr. 558.

«colocar el reemplazo» y «sugiero q (sic) el reemplazo lo haga Harold Ramírez».

A juicio de la Corte, no se requería que estas pruebas indicaran expresamente que la ingeniera del hospital accionado impartía órdenes directas al supuesto sindicalista y aquí demandante a fin de acreditar la subordinación, tal y como lo exigió y lo entendió el Tribunal. Precisamente, la censura tiene razón cuando señala que la subordinación debió presumirse probada en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, de modo que era dicha institución de salud pública la que tenía la carga de derribarla y, sin duda, los documentos denunciados no contribuían a ese propósito pues, antes bien, evidenciaban que el sindicato no era autónomo e independiente en la elección y gestión de su personal, al punto que debía tener la autorización del hospital para ello y este incluso le sugería la persona que debía realizar el reemplazo respectivo.

Ahora, respecto al análisis del correo electrónico que acusa el censor como no valorado, téngase presente que la Sala puede valorarlo como documento cuando de él pueda inferirse una mínima individualización, esto es, alguna información que ofrezca certeza respecto a quien lo elaboró o las personas que intervinieron en el mensaje, el remitente y su receptor, su fecha de creación y demás elementos que puedan asociarse a su contenido y permitan constatar su autenticidad, en los términos del artículo 244 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,

que prevé expresamente que «los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos» (CSJ SL4332-2021).

En el asunto que se examina, el correo electrónico en comento fue dirigido desde la dirección electrónica «ingenieriahospitalaria@hosusana.gov.co» por la remitente «ING Beatriz Anacona» (f.º 62) al representante legal de la organización sindical, con copia al demandante. Asimismo, precisa la fecha y hora de envío y recepción, de modo que se tiene certeza sobre su autoría; además, tampoco fue tachado de falso ni se desconoció por parte del hospital accionado.

Tal correo, que data del año 2014, corrobora que la actividad que el actor ejecutaba consistía en el mantenimiento de las instalaciones físicas de dicho ente de salud. Asimismo, acredita que la mencionada ingeniera Beatriz Anacona realizaba las labores de control y seguimiento para cumplir esa tarea.

Lo anterior ratifica la injerencia que tenía el hospital contratante en el personal de la organización sindical, pues ejercía un control permanente de la labor de los afiliados ejecutores e incluso participaba en la autorización de permisos y la designación de reemplazos. También reafirma la labor que ejercía el actor y que, se insiste, estaba prevista legalmente para formalizarla a través de contrato de trabajo por ser una actividad misional permanente.

Y aunque lo anterior sería suficiente para derribar la totalidad de los pilares de la sentencia impugnada, debe

destacarse adicionalmente que las declaraciones de Nicolás Oliveras y Mario Andrés Belalcázar, que pueden valorarse en casación ante la configuración de un desatino fáctico en las pruebas calificadas, son consistentes en que el actor prestó sus servicios de forma permanente en las instalaciones del Hospital Susana López de Valencia ESE, en funciones de mantenimiento y adecuación de la infraestructura hospitalaria; que cumplía un horario de trabajo fijo de acuerdo con los cuadros de turnos; que los permisos laborales primero eran autorizados por el jefe de mantenimiento y luego por el representante de la cooperativa y del sindicato, respectivamente, y que los elementos de trabajo eran suministrados por la institución hospitalaria.

Y en particular, Mario Belalcázar afirmó que las actividades diarias eran supervisadas por la ingeniera Beatriz Anacona, *«a quien se le hace un reporte y autoriza el pago al sindicato»*; que la verificación de los servicios lo hacía la ingeniera por medio de correos electrónicos; que las órdenes de servicio llegan vía correo electrónico, los que se contestan y así se dan cuenta cuál fue el trabajo realizado; que en el hospital hay personal de planta que ejerce las mismas funciones de biomédico, y que en vigencia del contrato sindical las instrucciones para el cumplimiento de un requerimiento diario son dadas por la oficina de mantenimiento.

Conforme lo expuesto, el Tribunal cometió efectivamente los desatinos fácticos que le endilgó la censura, al no advertir que Sintrasalud actuó como un puro

intermediario en la relación laboral que el actor desarrolló con el Hospital Susana López de Valencia ESE y que este fue el verdadero empleador y único que se benefició del servicio.

En consecuencia, los cargos son fundados y se casará parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto confirmó la decisión del *a quo* de negar la existencia del contrato de trabajo entre el actor y el hospital accionado, desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016, y declaró la prescripción de las acreencias exigibles a partir del 31 de diciembre de 2009.

Esto último, porque al derribar aquella parte del fallo recurrido y como en casación no se discutió que entre los contendientes existió un contrato de trabajo del 7 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, en el cual el actor desempeñó las mismas funciones, se configura entonces una relación laboral sin solución de continuidad desde el 7 de febrero de 2006 y hasta el 30 de junio de 2016, por lo que la decisión que el Tribunal confirmó respecto a la prescripción queda sin base fáctica que la sustente; en efecto, recuérdese que este punto partió de que el vínculo laboral feneció el 31 de diciembre de 2009. Por tanto, en aras de la coherencia, es imperativo reestudiar dicho fenómeno extintivo en sede de instancia, como lo hará la Corte en esa oportunidad.

Por otra parte, no se casará en lo demás el fallo acusado, esto es, precisamente en cuanto confirmó la declaratoria del contrato de trabajo entre el actor y el hospital

accionado del 7 de febrero de 2006 y hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sin costas en el recurso extraordinario.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, para dar respuesta al recurso de apelación que presentó el demandante, bastan las consideraciones expuestas en sede de casación, pues son suficientes para establecer que la contratación externa que ejerció el Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E., primero a través de una cooperativa de trabajo asociado y luego por sucesivos contratos sindicales fue ilegal, toda vez que por más de diez años suplió una actividad misional permanente que por disposición legal está prevista para que la ejerza el personal de planta.

Por tanto, se declarará que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 7 de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2016. Al respecto, y a riesgo de repetición, téngase en cuenta que en casación ni en alzada se discutió que entre el actor y el hospital accionado existió una relación laboral del 7 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2009, en la cual aquel realizó las mismas funciones de mantenimiento de la planta biomédica de dicho ente público, por lo que no hay solución de continuidad.

Ahora, la Sala analizará las pretensiones formuladas por el demandante, las cuales se concretan en: (i) reajustes

salariales, (ii) horas extras diurnas de dominicales y festivos, (iii) prestaciones convencionales, (iv) primas de servicios, (v) de navidad y (vi) de vacaciones, (vii) las vacaciones, (viii) cesantías e intereses a las mismas, (ix) el reintegro del porcentaje correspondiente de aportes a la seguridad social y el reajuste del ingreso base sobre el cual se efectuaron como consecuencia del incremento salarial, (x) el pago de las cotizaciones por tales riesgos que *«debe pagar la entidad demandada como empleador»* y (xi) la indemnización moratoria del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 o, en su defecto, la indexación de las condenas.

1. Reajustes Salariales

Al respecto, importa destacar que de acuerdo con el artículo 5.º de la Ley 6.^a de 1945, cuando dos o más trabajadores desempeñan un trabajo en condiciones similares debe darse aplicación al principio de *«a trabajo igual salario igual»*. Y al respecto, es oportuno destacar que esta Corte ha precisado que es legítimo que existan diferencias en la remuneración de los trabajadores siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, tales como capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia en la labor, cargas familiares o de rendimiento en la obra (CSJ SL12814-2016, entre muchas otras).

En el caso que se analiza se aprecia que si bien el actor solicitó el pago de las diferencias que resulten entre la remuneración que percibió y la que devengaron los trabajadores vinculados en *«grado técnico»* de la planta de

personal de la institución hospitalaria desde el 30 de junio de 2013 hasta el 30 de junio de 2016, no parece que en estricto sentido solicite la aplicación de ese principio en dicha faceta comparativa *-tertium comparationis-*, pues no plantea una comparación entre las funciones que realizó en la entidad y las que uno o varios trabajadores ejercieron en un cargo igual o equivalente.

Más parece que pretende el ajuste de la remuneración recibida conforme a la escala salarial establecida para el cargo de técnico biomédico, para lo cual era totalmente necesario que acreditara no solo que ejercía las funciones de dicho empleo, sino el salario que recibió y la respectiva escala salarial del cargo a fin de que la Corte pudiera establecer si en efecto existía una diferencia entre la remuneración recibida y la que está prevista para los trabajadores de planta del hospital que ejercen ese empleo o el equivalente funcional (CSJ SL, 2 nov. 2006, rad. 26467). Precisamente, en esta decisión la Corte adoctrinó:

Vista la sentencia es claro que el Tribunal consideró que el caso de la abogada Villarraga Tovar no es uno que esté regulado por el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo declaró expresamente cuando después de decir que la demandante desempeñó las mismas funciones de los abogados de planta y fue objeto de un tratamiento desigual, discriminatorio, como quedó visto, anotó lo siguiente:

“...a juicio de la Sala no existe razón válida alguna para que existiendo como existe en la empleadora una tabla de salarios según la cual cada cargo tiene asignado una remuneración determinada, ella no se aplique a todos quienes ocupan dicho puesto, y concretamente a la demandante, pues situación muy distinta se presentaría en el caso de que los salarios estuvieran a término de comparación entre trabajadores de igual posición, con base en el artículo 143 CST cuando pregona que a trabajo igual en

condición de eficiencia también igual, debe aplicarse salario igual, norma que por cierto no se aplica a los trabajadores del Estado...”.

Cabe entonces preguntarse, ¿ese planteamiento del Tribunal es admisible jurídicamente? Es decir, ¿en el campo contractual laboral sólo es posible la nivelación de salarios cuando el trabajador particular demuestra las condiciones establecidas en el primer inciso del artículo 143 del Código del Trabajo o cuando, en el caso del trabajador oficial, se viola el enunciado principal del artículo 5º de la Ley 6ª de 1945?

La Sala considera que la nivelación salarial puede darse en circunstancias diferentes a las estrictamente señaladas en el artículo 143 citado. Ese artículo, en efecto, después de fijar los límites del principio a trabajo igual, salario igual prohíbe establecer diferencias en el salario por estos otros motivos: edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. No es una relación exhaustiva de motivos, pues lo que la norma prohíbe es la discriminación, la trasgresión afrentosa del principio de igualdad. El artículo 5º de la Ley 6ª de 1945 dice a su vez que la diferencia de salarios en ningún caso podrá fundarse en estos factores: nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

El principio es entonces que a trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual. Y se complementa con una prohibición que sanciona la diferencia de salarios por motivos de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales y que significa la prohibición del trato desigual, injusto, afrentoso.

El tema tiene incidencia en la carga de la prueba del trabajador que pretenda la nivelación salarial. Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral (Subraya la Sala).

Sin embargo, nótese que el demandante únicamente aportó una certificación que, si bien da cuenta de la asignación mensual y las prestaciones que recibe un «Técnico Administrativo, Código 367, Grado 02» (f.º 103 a 106), lo cierto

es que este cargo ejerce la función de «*gestionar el proceso de estadística del hospital*», labor que evidentemente es diferente a la que desempeñó el actor, quien se ocupó, en términos generales y según quedó establecido en casación, del mantenimiento y control de equipos biomédicos.

Ahora, aunque los medios de convicción practicados, en especial los testimonios, dieron cuenta que en la institución hospitalaria hay un cargo de biomédico de planta, la sola identidad del cargo no permite verificar los hechos relevantes para acceder al reajuste pretendido, conforme se explicó.

Por tanto, se negará el pago del reajuste solicitado.

2. Horas extras diurnas de dominicales y festivos

En el caso que se analiza el actor solicitó inicialmente el pago de *horas extras de dominicales y festivos*; sin embargo, en el desarrollo de esta pretensión aclaró que su solicitud está orientada única y exclusivamente a lograr el reconocimiento de las horas extras «*diurnas*» que laboró en domingos y festivos.

Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para

determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017).

Ahora, la Sala advierte que el demandante prestó sus servicios bajo un sistema de turnos, tal y como se constata de los documentos obrantes a folios 64 a 102. Y es oportuno destacar que aquel no requiere el pago de descansos compensatorios, sino el tiempo suplementario representado en «276» horas extras diurnas causadas entre el 30 de junio de 2013 y el 30 de junio de 2016.

Lo anterior es importante ponerlo de presente toda vez que el sistema de turnos en que laboró el actor es utilizado comúnmente en el sector salud para la ejecución de actividades que por su naturaleza son continuas y permanentes, precisamente porque tiene la finalidad de cumplir las necesidades de los servicios públicos que prestan, optimizar los recursos públicos para su ejecución y garantizar los derechos de las personas que les aportan su fuerza laboral, lo que en principio presupone la habitualidad de la labor (CSJ SL4104-2020).

La implementación de este sistema en el sector público no cuenta con normas especiales. Por lo tanto, son aplicables las previsiones de los artículos 3.º de la Ley 6.ª de 1945 - jornada máxima de trabajo- y 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 - horas extras diurnas-, este último por remisión del artículo 8.º de la Ley 153 de 1987 y que indica lo siguiente:

ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos (...).

Como puede notarse, en este sector los trabajadores oficiales tienen derecho a descansos compensatorios posteriores o al pago de horas extras *diurnas*, pero no de forma simultánea, y el descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual. Además, debido al sistema de turnos en que laboró el accionante, por la dinámica propia de esta estrategia es necesario verificar si en total superó la jornada máxima ordinaria, que es de 48 horas, y al tratarse de horas *diurnas* deben laborarse entre 6:00 a.m. y 6:00 p.m., pues de 6:00 p.m. en adelante entra en el marco de horario nocturno, conforme al artículo 37 *ibidem*.

Claro lo anterior, los elementos de juicio suministrados dan cuenta que las labores de mantenimiento de la empresa demandada se realizan bajo cuadros de turnos que contienen las iniciales que detallan los días, horarios y actividades a desempeñar, como se relaciona a continuación:

CONVENCIÓN		HORARIO ASIGNADO	ACTIVIDADES ASIGNADAS
CALDERAS	MC	LUNES A VIERNES 7 AM 12 PM - 2 PM A 5PM	ENCENDIDO Y MONITOREO DE CALDERAS MAÑANA
	C*	LUNES A VIERNES DE 8 AM A 12 PM - 3 PM A 7 PM	APAGADO Y MONITOREO DE CALDERAS TARDE
COMUN	C	LUNES A VIERNES DE 8 AM A 12 PM - 2 PM A 6 PM	PLAN DE MANTENIMIENTO Y/O CORRECTIVOS
MANTENIMIENTO BIOMEDICO	MB	LUNES A VIERNES DE 7 AM 12 PM - 2 PM A 6 PM	PLAN DE MANTENIMIENTO Y/O CORRECTIVOS
	M*	SABADO DE 8 AM A 12 PM	RONDA DE INSPECCIÓN A SERVICIOS CRÍTICOS
TURNNO	T	LUNES A VIERNES DE 8 AM A 4 PM	ATENCIÓN DE SOLICITUDES DE 12 PM A 3 PM
DIA	D	DE 7 AM- 7 PM	ENCENDIDO, MONITOREO Y APAGADO DE CALDERAS
SABADO CALDERAS	SC	SABADO DE 7 AM A 1 PM	ENCENDIDO Y MONITOREO DE CALDERAS MAÑANA
	TC	SABADO TARDE 1 PM A 7 PM	APAGADO Y MONITOREO DE CALDERAS TARDE
SABADO	M	SABADO DE 8 AM A 1 PM	

No obstante, al analizar la asignación de turnos del demandante se aprecia que en la mayoría de las casillas de los días domingos y festivos registra la anotación «L», cuyo significado no está detallado en dicho cuadro, lo que presupone que se trata del día libre o de descanso.

Respecto a los demás domingos y festivos, la Sala constata que el actor fue turnado los días 1.º de julio, 19 de agosto, 14 de octubre, 8 de diciembre de 2013, 19 de enero, 24 de marzo, 16 de noviembre, 8 de diciembre de 2014, 15 de marzo, 15 de junio, 16 de agosto, 12 de octubre y 29 de noviembre de 2015 bajo el registro «D», es decir, con horario de trabajo de «7 AM- 7 PM».

Así, se aprecia que aunque el actor laboró en estos días por espacio de 12 horas diarias, lapso que superó las 8 horas diarias máximas que prevé el artículo 3.º de la Ley 6.^a de 1945, al contabilizar toda la semana se advierte que no superó la jornada semanal máxima de 48 horas que consagra igual precepto, e incluso nótese que descansó los fines de semana y recibió días compensatorios, tal y como lo autoriza el citado artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

En efecto, los cuadros de turnos en mención dan cuenta que el actor trabajó el:

- (i) 1.º de julio de 2013, el 3 disfrutó compensatorio, el 7 siguiente descansó y en esa semana trabajó un total de 40 horas.
- (ii) 19 de agosto de 2013, el 22 compensatorio, el 25 descansó y trabajó en total 40 horas en esa semana.

- (iii) 14 de octubre de 2013, el 17 compensatorio, el 20 descansó y en la semana laboró 40 horas.
- (iv) 8 de diciembre de 2013, el 15 descansó, el 23 compensatorio y en la semana trabajó 44 horas.
- (v) 19 de enero de 2014, el 22 compensatorio, el 26 descansó y trabajó es semana 37 horas.
- (vi) 24 de marzo de 2014, el 27 compensatorio, el 30 descansó y laboró 29 horas esa semana.
- (vii) 16 de noviembre, el 17 y 23 descansó, el 20 disfrutó compensatorio y laboró 31 horas en la semana.
- (viii) 8 de diciembre de 2014, 11 compensatorio, 14 descansó y en total trabajó 31 horas en la semana.
- (ix) 15 de marzo de 2015, 18 compensatorio, 22 y 23 descanso y laboró 36 horas en la semana.
- (x) 15 de junio de 2015, 18 compensatorio, 20 y 21 descanso y un total de 27 horas en esa semana.
- (xi) 16 de agosto de 2015, 19 compensatorio, 23 descanso y un total de 31 horas en esa semana.
- (xii) 12 de octubre de 2015, 13 compensatorio, 17 y 18 descanso y un total de 27 horas en esa semana.
- (xiii) Si bien trabajó el domingo 29 de noviembre de 2015, lo cierto es que no suministró los cuadros de turnos del mes siguiente, como tampoco de los demás meses que prestó sus servicios, lo que impide verificar si tuvo descanso y disfrute de compensatorio.

Conforme lo anterior, cuando el demandante fue turnado domingos y festivos no trabajó más de la jornada máxima semanal que prevé artículo 3.º de la Ley 6.ª de 1945. Y además disfrutó de días libres y descansos compensatorios por el tiempo suplementario como lo permite el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978. Y se insiste que el actor únicamente pidió las horas extras *diurnas* de *domingos y*

festivos, y no como tal el pago del dominical y festivo o el impago de descansos compensatorios por laborar estos días u horas extras *diurnas*, que desde luego tendría una orientación diferente; sin embargo, la Sala no puede pronunciarse al respecto porque carece de facultades ultra y extra *petita* en alzada y no se advierten derechos mínimos que deban reconocerse.

Por último, se advierte que aunque las casillas de los días 2 y 3 de noviembre de 2014 registra la anotación «V», su significado no está especificado en el cuadro mencionado, de modo que no es posible corroborar el horario asignado y si se trabajó tiempo suplementario.

Por tanto, se absolverá a la demandada del pago de esta pretensión.

3. Prestaciones convencionales

Para resolver este punto, basta indicar que no es posible emitir una condena al respecto, toda vez que no se aportó ningún instrumento colectivo que permita constatar los beneficios extralegales que el promotor reclama.

4. Primas de servicios

En la sentencia CSJ SL15263-2016, reiterada recientemente en CSJ SL2614-2021, la Corte analizó la procedencia de la prima de servicios en un asunto semejante y advirtió que aunque está prevista en el Decreto 1042 de

1978, solo procede respecto a los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia CC C-402 de 2013, de modo que no es posible extender este beneficio a los servidores de entidades descentralizadas, pese a lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002.

5. Prima de navidad

Al respecto, se advierte que esta prestación está prevista en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, que en lo pertinente dispone:

(...) Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre (...).

PARÁGRAFO 1. Cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad, en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará con base en el último salario devengado (...).

Ahora, se advierte que el demandante fue despedido el 30 de junio de 2016 y radicó la demanda el 13 de octubre de 2016, de modo que operó el término de prescripción trienal respecto de las primas causadas y exigibles con anterioridad al 30 de junio de 2013, de ahí que deba pagarse de forma completa la de diciembre de 2013 y siguientes.

Así, al realizar el cálculo pertinente se obtuvo la suma de \$4.793.037,⁵⁰, como se detalla a continuación:

FECHAS		SALARIO	PRIMA DE NAVIDAD ART. 11 DEC. 3135/1968	DOCEAVA PRIMA DE NAVIDAD	No. DE PAGOS	TOTAL PRIMA DE NAVIDAD
DESDE	HASTA					
01/01/2013	31/12/2013	\$ 743.000,00	\$ 743.000,00	\$ 61.916,67	12	\$ 743.000,00
01/01/2014	31/12/2014	\$ 1.365.757,00	\$ 1.365.757,00	\$ 113.813,08	12	\$ 1.365.757,00
01/01/2015	31/12/2015	\$ 1.959.041,00	\$ 1.959.041,00	\$ 163.253,42	12	\$ 1.959.041,00
01/01/2016	30/06/2016	\$ 1.450.479,00	\$ 1.450.479,00	\$ 120.873,25	6	\$ 725.239,50
TOTAL						\$ 4.793.037,50

6. Prima de vacaciones

Sobre el particular, se destaca que la prima de vacaciones está prevista en el Decreto 1045 de 1978; sin embargo, está dirigida exclusivamente *«a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional»* (CSJ SL4633-2021), condiciones que no acredita el demandante. Por tanto, se absolverá a la demandada de tal pago.

7. Vacaciones

De acuerdo con el artículo 8.º del Decreto 3135 de 1968, los trabajadores oficiales tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicio.

En este asunto, de la pretensión elevada no se aprecia si se pretende el pago de vacaciones efectivamente disfrutadas o su compensación económica ante su no disfrute, pues simplemente pidió las *«vacaciones de los tres últimos años de servicio»*.

Sin embargo, la Corte entiende que solicita su

compensación en dinero, precisamente porque en el marco de una relación autónoma y autogestionaria como la que se da en un contrato sindical, en estricto sentido no hay pago de vacaciones, y en el caso concreto al leer los contratos sindicales no se aprecia que las partes hayan dispuesto lo contrario.

Pese a ello, la Sala no pasa inadvertido que el demandante solicitó el disfrute de las *vacaciones* en el periodo 2014-2015, conforme dan cuenta los escritos visibles a folios 52 y 53; sin embargo, de estos no se aprecia que las mismas se hayan concedido, y de hecho hay un manuscrito inserto en el primer documento que indica que *«no da el permiso porque el contrato va hasta el 25 mes de mayo»*. Y mucho menos hay prueba de que al terminar el contrato se haya compensado en dinero este derecho.

Por tanto, el accionante tiene derecho a la compensación en dinero de los periodos de vacaciones causados durante toda la relación laboral, a excepción de los que están afectados por el fenómeno prescriptivo.

Sobre el particular, recuérdese que al trabajador únicamente le corresponde demostrar que laboró en el tiempo de servicio que causa las vacaciones y, si afirma que el empleador no se las reconoció ni se las pagó al término de la relación laboral, ante la negación indefinida a este le corresponde demostrar que aquel las disfrutó o su compensación en dinero efectiva, dado que es imposible que el trabajador acredite un no pago.

En cuanto a la prescripción, el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 prevé que el empleador tiene un año para conceder el disfrute de las vacaciones causadas. Asimismo, el artículo 46 *ibídem* establece que luego de transcurrido este año, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas», el cual es de 3 años, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 3135 de 1968.

En otras palabras, el término prescriptivo para los trabajadores oficiales se debe contabilizar luego de 1 año y 30 días de causado el respectivo periodo.

Conforme lo anterior, se advierte que en el asunto las vacaciones de cada periodo se causaron el 7 de febrero de cada año, teniendo en cuenta el extremo inicial del vínculo, sin embargo, se hicieron exigibles un año y 30 días después, por lo que el accionante tenía, en total, a partir de su causación, 4 años y 30 días para exigir su pago. Conforme lo anterior, como el contrato terminó el 30 de junio de 2016, el actor reclamó el 6 de julio siguiente -con lo cual interrumpió la prescripción- y la demanda se presentó el 13 de octubre de 2016, están prescritas las causadas y exigibles con anterioridad al 6 de junio de 2012.

Por este concepto se adeuda la suma de \$2.926.432,91, conforme se explica a continuación:

FECHAS		Nº DE DÍAS	SALARIO	TOTAL
DESDE	HASTA			VACACIONES ART. 8 DEC. 3135/1968
06/06/2012	06/02/2013	241	\$ 743.000,00	\$ 248.698,61
07/02/2013	06/02/2014	360	\$ 1.365.757,00	\$ 682.878,50
07/02/2014	06/02/2015	360	\$ 1.959.041,00	\$ 979.520,50
07/02/2015	06/02/2016	360	\$ 1.450.479,00	\$ 725.239,50
07/02/2016	30/06/2016	144	\$ 1.450.479,00	\$ 290.095,80
TOTAL				\$ 2.926.432,91

8. Auxilio de cesantías e intereses a las cesantías

La Corte ha precisado reiteradamente que el auxilio de cesantías es exigible a la terminación del contrato de trabajo. En este caso, debe liquidarse conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, puesto que la vinculación del demandante inició en el año 2006.

Así, las cesantías deben liquidarse de manera anualizada; no obstante, se aprecia que en el expediente no se acreditaron de forma completa los salarios que el actor percibió desde el año 2006, razón por la cual se tomará el IBC reportado entre el 2010 y 2013, de acuerdo con las certificaciones de aportes a la seguridad social que se allegaron, los salarios certificados por Sintrasalud desde el 2014 hasta el 2016 y en los demás se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente de la época.

En cuanto a los intereses a la cesantía importa destacar que los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 1.º del Decreto 1582 de 1998 consagran que los trabajadores oficiales del nivel territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 se les aplicará el régimen de liquidación y pago de cesantías conforme a la Ley 50 de 1990, que en su artículo

99 consagra aquellos intereses. Por tanto, se ordenará su pago en favor del demandante.

Ahora, dichos intereses se pagan por una sola vez en el mes de enero del año siguiente al que se causaron, en la fecha del retiro del trabajador o en el mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando ello se produzca antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, caso en el cual será en cuantía proporcional al lapso transcurrido.

Conforme lo anterior, se advierte que el demandante fue despedido el 30 de junio de 2016 y radicó la demanda el 13 de octubre de 2016, de modo que operó el término de prescripción trienal respecto de los intereses causados y exigibles con anterioridad al 30 de junio de 2013, de ahí que deban pagarse de forma completa los de diciembre de 2013 y siguientes.

Efectuada la liquidación arrojó las sumas de \$9.287.337,50 y \$531.650,13 por concepto de cesantías e intereses a las mismas, respectivamente, como se detalla a continuación:

FECHAS		Nº DE DIAS	SALARIO	TOTAL CESANTIAS
INICIO	FIN			
07/02/2006	31/12/2006	324	\$ 408.000,00	\$ 367.200,00
01/01/2007	31/12/2007	360	\$ 433.700,00	\$ 433.700,00
01/01/2008	31/12/2008	360	\$ 461.500,00	\$ 461.500,00
01/01/2009	31/12/2009	360	\$ 496.900,00	\$ 496.900,00
01/01/2010	31/12/2010	360	\$ 850.000,00	\$ 850.000,00
01/01/2011	31/12/2011	360	\$ 920.000,00	\$ 920.000,00
01/01/2012	31/12/2012	360	\$ 965.000,00	\$ 965.000,00
01/01/2013	31/12/2013	360	\$ 743.000,00	\$ 743.000,00
01/01/2014	31/12/2014	360	\$ 1.365.757,00	\$ 1.365.757,00
01/01/2015	31/12/2015	360	\$ 1.959.041,00	\$ 1.959.041,00
01/01/2016	30/06/2016	180	\$ 1.450.479,00	\$ 725.239,50
TOTAL				\$ 9.287.337,50

FECHAS		Nº DE DIAS	CESANTÍAS	TOTAL INTERESES SOBRE CESANTÍAS
INICIO	FIN			
1/01/2013	31/12/2013	360	\$ 743.000,00	\$ 89.160,00
1/01/2014	31/12/2014	360	\$ 1.365.757,00	\$ 163.890,84
1/01/2015	31/12/2015	360	\$ 1.959.041,00	\$ 235.084,92
1/01/2016	30/06/2016	180	\$ 725.239,50	\$ 43.514,37
TOTAL				\$ 531.650,13

9. Reintegro del porcentaje correspondiente de aportes a la seguridad social y reajuste del ingreso base sobre el cual se efectuaron como consecuencia del incremento salarial

El demandante solicitó que se condenara a la demandada a (i) restituir lo que canceló por concepto de aportes al sistema de seguridad social mientras estuvo vigente la relación contractual y que correspondían al Hospital Susana López de Valencia E.S.E., y (ii) reajustar el ingreso base sobre el cual se efectuaron los aportes a pensiones como consecuencia del incremento salarial ordenado por el juez de primer grado.

En cuanto al primer requerimiento, es oportuno señalar que si bien el actor suministró una relación de aportes a la seguridad social realizados entre abril de 2010 y diciembre 2013, lo cierto es que tales documentos certifican que fue el Sindicato Departamental de Trabajadores de la Salud quien realizó su pago en favor de Carlos Alberto Díaz López (f.º 27), tal y como las partes en el contrato sindical lo acordaron.

Y si bien las cotizaciones de marzo a diciembre de 2013 fueron realizadas bajo la planilla «Y», esto es, aquella que «es

utilizada para la liquidación de aportes de Cotizantes con contrato de prestación de servicios y Pago de valores retenidos por ausencia de pago de los contratistas» (f.º 27 a 46), no es posible constatar que el demandante realizó los aportes propios de la relación de trabajo durante tal vigencia, pues se insiste, estos documentos certifican lo contrario, esto es, que los efectuó el sindicato, lo que impide la restitución pretendida. Por tanto, se absolverá a la demandada.

Respecto al segundo requerimiento, debe indicarse que en la presente decisión no se emitió una condena frente al reajuste salario, de modo que no hay lugar a acceder a lo solicitado.

10. Pago de las cotizaciones a la seguridad social que «debe pagar la entidad demandada como empleador»

La Corte ha precisado de forma reiterada que la cotización es una obligación que surge de la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica (CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211 y SL4328-2021). En el caso de los trabajadores dependientes, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, la prestación efectiva del servicio y el tiempo en que esto ocurre (CSJ SL6030-2017, SL3399-2018, SL3550-2018, SL2074-2020 y SL5172-2020).

En ese orden, importa recordar que en el asunto que se analiza el actor solicita que la demandada pague las

cotizaciones que le corresponden *«como empleador»* durante la vigencia de la relación laboral, esto es, entre el 7 de febrero de 2006 y el 30 de junio de 2016.

Al respecto, esta Corporación ha precisado que los pagos de los aportes al sistema de salud son de obligatorio cumplimiento aún en aquellos casos que *«no se hubiera disfrutado el servicio»*, toda vez que está estructurado bajo un esquema contributivo necesario para financiar las prestaciones que el mismo reconoce (CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, SL1457-2015, SL9373-2015, SL14385-2015, SL15439-2015 y SL1064-2018), al igual que sucede con los aportes al sistema general de pensiones, dado que su omisión afecta la configuración y acceso a las prestaciones que este otorga.

De ahí que el actor tenga derecho al pago de las cotizaciones a salud y pensión durante toda la relación laboral dado su carácter imprescriptible (CSJ SL1991-2021), de modo que corresponde a la demandada demostrar que efectuó las cotizaciones durante la relación laboral, conforme lo prevé el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, según el cual *«el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio»*.

En ese contexto, la Sala reitera que está acreditado que el Sindicato Departamental de Trabajadores de la Salud realizó los aportes a la Seguridad Social del actor entre abril de 2010 y diciembre 2013 (f.º 27 a 46), conforme se pactó en el contrato sindical; sin embargo, los demás elementos de juicio practicados no dan cuenta que las cotizaciones de los

restantes periodos laborados se hubieren efectuado por la cooperativa o el hospital demandado.

Por tanto, se condenará a la institución hospitalaria a pagar el valor económico correspondiente al porcentaje de las cotizaciones a salud que le concierne como empleador de los periodos comprendidos entre febrero de 2006 a marzo de 2010 y enero de 2014 a 30 de junio de 2016. Asimismo, deberá pagar las cotizaciones del sistema de pensiones de estos periodos con destino y a satisfacción de la administradora a la cual esté afiliado el demandante, conforme al cálculo actuarial que esta entidad realice, de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994.

11. Indemnización moratoria del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949

En ese punto es importante destacar que la Corte se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la interpretación y alcance de aquella disposición, para lo cual ha precisado que la expresión *«transcurridos 90 días sin la cancelación de los emolumentos adeudados al trabajador el contrato recobra su vigencia»* que consagra la misma, no implica que la relación laboral se reanude *ipso facto*, sino que establece una ficción en el entendido que se trata de un término de gracia a partir del cual es dable imponer la sanción del pago de un día de salario por cada día de retardo (CSJ SL, 29 nov. 2005, rad. 23657).

Ahora, pese a que la imposición de la indemnización moratoria no es automática, pues debe analizarse cada caso en particular a efectos de determinar si la conducta del empleador estuvo revestida de buena fe, en el caso que se analiza es evidente que la institución hospitalaria no actuó de esta manera, dado que por más de diez años suplió una actividad misional permanente que por disposición legal está prevista para que la ejerza el personal de planta, y en dicho interregno se aprovechó de la subordinación de un trabajador deslaboralizado, con plena consciencia de los efectos que esto tiene en el desconocimiento del orden jurídico laboral y la dignidad de la persona trabajadora, por lo que no es dable predicar una conducta de buena fe.

Por tanto, se condenará al Hospital Nivel II Susana López De Valencia E.S.E. a pagarle al actor la suma de un día de salario equivalente a \$48.349,3 por cada día de retardo, desde el 1.º de octubre de 2016 –día siguiente a los 90 días de plazo de gracia (CSJ SL986-2019)- hasta que se efectúe el pago total de la obligación, suma que deberá ser indexada desde esta calenda.

Se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción en los términos explicados. Los restantes medios exceptivos no prosperan y se entienden resueltos con esta decisión.

También se revocarán las costas de primera instancia, pues estarán a cargo del Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E. Sin lugar a ellas en la alzada.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió el 21 de noviembre de 2018, en el proceso ordinario laboral que **CARLOS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ** promovió contra el **HOSPITAL NIVEL II SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E.** y en el que se llamó en garantía al **SINDICATO DEPARTAMENTAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD-SINTRASALUD**, únicamente en cuanto confirmó la negativa de la existencia del contrato de trabajo entre el actor y el hospital accionado, desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016, así como la declaración de prescripción de las acreencias exigibles antes del 31 de diciembre de 2009. **NO LA CASA** en lo demás.

En sede de instancia, resuelve:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto del fallo que el Juez Segundo Laboral del Circuito de Popayán profirió el 5 de febrero de 2018.

SEGUNDO: DECLARAR que entre Carlos Alberto Díaz López y el Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016.

TERCERO: CONDENAR al Hospital Nivel II Susana López de Valencia E.S.E. al pago de los siguientes conceptos:

- (i) Prima de navidad: \$4.793.037,50
- (ii) Vacaciones: \$2.926.432,91
- (iii) Auxilio de cesantías: \$9.287.337,50
- (iv) Intereses a las cesantías: \$531.650,13
- (v) Indemnización moratoria: \$48.349,3 por cada día de retardo, desde el 1.º de octubre de 2016 hasta que se efectúe el pago total de la obligación, suma que deberá ser indexada.
- (vi) El valor económico correspondiente al porcentaje de las cotizaciones a salud que le concierne como empleadora del periodo comprendido entre febrero de 2006 a marzo de 2010 y enero de 2014 a junio de 2016. Asimismo, deberá pagar las cotizaciones del sistema de pensiones de estos periodos con destino y a satisfacción de la administradora a la cual esté afiliado el demandante, conforme al cálculo actuarial que esta entidad realice, de acuerdo con el Decreto 1887 de 1994.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las primas de navidad causadas y exigibles con anterioridad al 30 de junio de 2013, así como las compensaciones en dinero de las vacaciones causadas y exigibles con anterioridad al 6 de junio de 2012.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SÉPTIMO: COSTAS como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

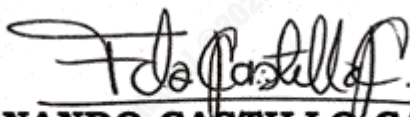


IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

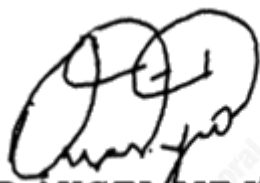


FERNANDO CASTILLO CADENA

Aclaro voto

A large, stylized handwritten signature in black ink, featuring a prominent loop at the top and a long, sweeping horizontal stroke at the bottom.

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

A smaller, more compact handwritten signature in black ink, with a circular loop at the top and a short horizontal stroke at the bottom.

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado Ponente

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Recurso Extraordinario de Casación

Radicación n.º 84079

Acta 4

Referencia: Demanda promovida por **CARLOS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ** contra el **HOSPITAL NIVEL II SUSANA LOPÉZ DE VALENCIA E.S.E.** y en el que se llamó en garantía al **SINDICATO DEPARTAMENTAL DE TRABAJADORES DE LA SALUD-SINTRASALUD.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, si bien es cierto que comparto la decisión que finalmente se adoptó en cuanto declaró la existencia de contrato realidad entre el actor y la accionada, salvo parcialmente el voto, frente a los argumentos expuestos respecto de la prescripción de algunos de los derechos prestacionales reclamados por el demandante.

En el efecto, en la referida providencia, se sostuvo que se declaraba *«la prescripción respecto de las primas de navidad*

causadas y exigibles con anterioridad al 30 de junio de 2013, así como las compensaciones en dinero de las vacaciones causadas y exigibles con anterioridad al 6 de junio de 2012».

Pues bien, en mi prudente juicio, considero que a diferencia de lo que viene precisando la Corte, cuando se discute la naturaleza jurídica del vínculo que une a las partes, esto es, la existencia del contrato de trabajo realidad, la declaratoria que en ese sentido haga el juez en el proceso ordinario laboral, sí tiene efectos de ser constitutiva y no declarativa, en la medida en que es a partir del momento en que se hace tal declaración judicial, cuando surge la obligación del empleador de pagar los salarios y demás prestaciones sociales generadas con ocasión de ese vínculo laboral, es decir la exigibilidad de las distintas obligaciones se generan en ese instante, y no en la medida en que se fueron causando durante la vigencia del nexo contractual laboral.

Es así como, comparto plenamente el criterio expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05., y que ha reiterado en proveídos posteriores, como es el del 22 de noviembre de 2012, Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-01. Referencia 1165-2010, en donde se dijo:

“En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria" (subrayado de la Sala).

Es así como reitera la Sala que la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados son exigibles a partir de la sentencia constitutiva del derecho y su exigibilidad se determina desde la ejecutoria de dicha providencia.

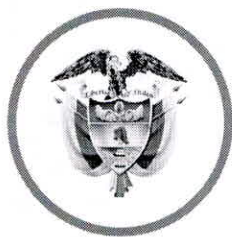
Conforme a lo visto, si bien es cierto que varias de las prestaciones sociales se van causando en vigencia de la relación laboral, en eventos como estos, en donde la discusión gira en torno a la fuente de donde emergen los créditos sociales, es decir, si existió o no contrato de trabajo, la exigibilidad de las obligaciones y, por ende, el término prescriptivo, debe empezar a contarse respecto de todas estas acreencias, cuando ha finalizado el vínculo existente, pues de no ser así, esto es, si se exigiera que la reclamación se haga estando vigente el nexo contractual objeto de discusión, ello conllevaría a propiciar un enriquecimiento sin causa del empleador en detrimento del trabajador, respecto de sus derechos irrenunciables, quien ante el temor de ser desvinculado por un requerimiento de esa naturaleza, ve frustrado el pago completo e íntegro de los créditos laborales que por ley le asisten.

En este orden de ideas, contrario a lo decidido por la Sala mayoritaria, considero que había lugar declarar la prescripción de los derechos laborales en los términos en los que se hizo en la sentencia, por lo que en el fallo de instancia que se profirió, se debió disponer el reconocimiento y pago de las diferentes acreencias laborales generadas en vigencia del vínculo laboral acreditado, se itera, puesto que es a partir de la providencia que declara la existencia del derecho, que debe contabilizarse el término prescriptivo.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento parcial de voto.



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 84079

**REFERENCIA: CARLOS ALBERTO DÍAZ LÓPEZ vs.
HOSPITAL NIVEL II SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E
Y OTRO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión, si bien comparto la determinación de quebrar el fallo controvertido, me permito aclarar el voto por cuanto en la sentencia se reitera que *«[...]/solo es posible que los entes públicos desarrollen sus funciones mediante la contratación de terceros o entidades privadas u operadores externos, siempre que: (i) no recaiga sobre funciones permanentes o propias de la entidad, sino temporales o transitorias[...]/»*, con respecto a lo cual debo reiterar mi criterio en torno al tema que es el siguiente:

Considero que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, sí prevé la posibilidad de que las usuarias acudan ante las empresas de servicios temporales en procura del personal que precisan para la ejecución de las *necesidades permanentes* de aquella; sin embargo, no es dable la

contratación en forma permanente. Dicho en otras palabras, efectivamente la ley laboral permite que la usuaria contrate con una empresa de servicios temporales una actividad permanente de la misma pero, en estrictez, debe ser, en forma transitoria, lo que se pregona de la figura es la temporalidad en la ejecución de la tarea, dado que ésta puede ser ajena o propia del giro ordinario de la usuaria.

Quizá no está de más memorar que por obra del mencionado precepto es permitido utilizar esta figura para efectos de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, lo que indica que dicho personal despliega labores permanentes de la usuaria. Bajo este entendimiento, pensemos en una persona que labora en un banco como cajero y se incapacita; la entidad financiera, desde luego, puede echar mano de una empresa de servicios temporales para que el trabajador en misión lo reemplace, eso sí, de manera provisional mientras dura la respectiva incapacidad. Nótese que el trabajador del banco desarrolla una actividad o necesidad permanente de la usuaria.

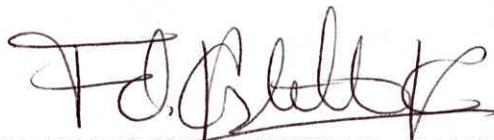
Bien cierto es que el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define a la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente **en el desarrollo de sus actividades**, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Y el artículo 2o. del Decreto 4369 de 2006 «*Artículo compilado en el artículo 2.2.6.5.2 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1072 de 2015*» dice que «*Empresa de Servicios Temporales “EST” es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la Empresa de Servicios Temporales, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador*».

De manera que, recapitulando, en nuestro criterio, la usuaria puede contratar una faena inherente, propia, permanente, pero la duración del **servicio** debe ser temporal, no «*per secula seculorum, ad eternum*».

Conforme a lo anterior, aclaro el voto.

Fecha ut supra,



FERNANDO CASTILLO CADENA