



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICACIÓN: No. 110013335-012-2017-00207-00
PROCESO NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: ISABEL CABRALES SEPULVEDA
ACCIONADA: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA Nº 147_-2020**

En Bogotá D.C. a los cuatro (4) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020) siendo la hora de las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretaria ad hoc constituyó en audiencia pública en la sala virtual, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: Jorge Enrique Garzón Rivera, mediante memorial sustituye el poder a la abogada Sonia Rocío Castro Galvis identificada con cédula de ciudadanía 52.759.380 y T. P. 316.566 del C.S de la J., el Despacho le reconoce personería jurídica.

La parte demandada: La Jefe de la oficina asesora jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, confiere poder al abogado CARLOS ARTURO HORTA TOVAR, identificado con cedula de ciudadanía 80.871.298 y T. P. 210.552 del C.S de la J., el Despacho le reconoce personería jurídica.

No asiste representante del Ministerio público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- 1. Saneamiento**
- 2. Alegaciones Finales**
- 3. Fallo**

1. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a las apoderadas de las partes con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Las partes manifestaron su conformidad, por tanto, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

2. ALEGACIONES FINALES

Por auto del 1 de julio de 2020 el despacho corrió el término por 10 días para que los extremos allegaran sus alegaciones finales. En aplicación de lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 que reguló los procedimientos a seguir en las actuaciones adelantadas en el marco de esta emergencia sanitaria. Dentro del término señalado, los partes dieron cumplimiento al requerimiento manifestando lo siguiente:

Parte actora: *Refiere el apoderado que, conforme a las pruebas recaudadas, no existe duda que la señora Isabel Cabrales prestó de manera personal sus servicios, se le pagaba mensualmente como abono de nómina, recibía órdenes directas de los mismos jefes del personal de planta y cumplía rotación de turnos que eran supervisados por sus superiores. Igualmente se probó la existencia de cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones que la demandante, que sí recibía las garantías laborales y convencionales.*

Ratifica en todo lo señalado en los acápite del escrito de la demanda denominados “fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda y el concepto de violación”, y solicita al Despacho acceder a todas las pretensiones por haberlas probado en el proceso.

Parte demandada: *Señala el apoderado que, conforme a los documentos allegados y pruebas ordenadas por el Despacho, se tiene probado que la demandante se vinculó a la Subred Sur mediante contratos de prestación de servicios que fueron autónomos, independientes y pagados a la contratista. Que los contratos fueron interrumpidos en diferentes oportunidades. Así mismo que la actora no cumplía un horario y que recibía los turnos como apoyo al servicio.*

Por lo anterior solicita al despacho tener en cuenta, al proferir el fallo, que no existe ni ha existido el vínculo laboral que pretende hacer valer la actora. Agrega que ella nunca manifestó estar en desacuerdo con lo pactado en los contratos por cuanto estos fueron plenamente válidos y eficaces de conformidad con el artículo 1508 del código civil.

Solicita no desconocer que la Subred “no tiene facultad nominadora” pues la misma se encuentra reglamentada en la Ley 909 de 2004. Que los contratos de prestación de servicios son permitidos por la ley por que prevalece el interés general sobre el particular.

3. FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre ISABEL CABRALES SEPULVEDA y la SUBRED SUR E.S.E., se pueden establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

Consideraciones

3.1. De la desnaturalización del contrato de prestación de servicios

Mediante la sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional señaló que el contrato de prestación de servicios se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente. Cuando ello sucede, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, es procedente reconocer prestaciones sociales.

Para diferenciar el contrato de prestación de servicios de la relación laboral hay que tener en cuenta:

- El contrato de prestación de servicios tiene como propósito desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados. Lo caracteriza según el Consejo de Estado¹ “la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes³”.

- Por su parte, los elementos de toda relación laboral son:

1. Prestación personal del servicio.
2. Remuneración como contraprestación de la labor realizada.
3. Existencia de subordinación o dependencia.

Los dos primeros, son comunes tanto a los contratos de prestación de servicio como a las relaciones laborales, de manera que es el tercer elemento el que permite definir el carácter contractual o laboral de la vinculación. En la relación contractual opera la coordinación en tanto que en la laboral existe la subordinación.

“[E]ntre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”⁴.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

² Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

³ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016.

Como el cumplimiento de un horario, instrucciones y la obligación de realizar informes sobre los resultados de una labor, puede aplicarse a un contrato de prestación de servicios en virtud del principio de coordinación, debe acudir a criterios diferenciadores entre tal principio y el elemento de subordinación. El principal de ello es el de permanencia de funciones:

“(i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral”⁵ (subrayado fuera de texto).

Ello es acorde con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo segundo del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año “(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

Por su parte, la Corte Constitucional precisó los criterios para determinar la existencia de una función de carácter permanente:

“Esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, [los contratos por prestación de servicios procederán sólo] si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-000-2013-00260-01 (0088-2015).

sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”⁶ (Resaltado fuera de texto)

3.2. Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad

La Corte Constitucional en Sentencias C-072 de 1994 y C-916 de 2010 señaló la constitucionalidad de la prescripción general de tres (3) años para el ejercicio de las acciones derivadas de las leyes laborales. Esta limitación en el ejercicio de la acción busca mayor prontitud en la protección del derecho del trabajador, lo cual lejos de afectar sus derechos los garantiza⁷.

En lo que atañe al ejercicio de la acción dirigida a que se declare una relación laboral, el término de prescripción en 3 años se cuentan, según sentencia de unificación del Consejo de Estado, a partir de la terminación del nexo contractual con el empleador, el cual se interrumpe por una sola vez, con el reclamo escrito del trabajador

“Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.”⁸ (subrayado fuera de texto)

En la misma sentencia de Unificación, realizó la distinción entre la prescriptibilidad de las prestaciones sociales y salariales derivadas de la declaratoria de un contrato realidad y la imprescriptibilidad de los aportes al sistema general de seguridad social, en los siguientes términos:

“La Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁸ Según el Consejo de Estado el término de prescripción en el contrato realidad es de “tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral. Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales (...)”

3.3 Del caso en Concreto

El Despacho procede a relacionar los hechos probados, de acuerdo con las pruebas aportadas y practicada en el proceso.

- Prueba documental

De conformidad con la certificación expedida por la SUBRED DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., obrante a folio 24 del plenario, se tiene que la demandante suscribió los siguientes contratos:

“Del 03 de Marzo de 2003, hasta el 30 de Enero de 2007, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado UCINCOOP.

Del 01 de Marzo de 2007 hasta Diciembre de 2007, a través de la unión temporal UNISALUD.

Del 02 de Enero de 2008 hasta el 28 de Febrero de 2008, a través de diversos contratos de prestación de servicios.

Del 01 de Marzo de 2008 hasta el 16 de Febrero de 2009, a través de Cooperativa de Trabajo Asociado PROMOVIENDO

Del 17 de Febrero de 2009 hasta el 30 de agosto de 2009, a través de la Cooperativa de trabajo Asociado ENFERCOOP.”

En relación con estos contratos que fueron realizados mediante cooperativas de trabajo este Despacho observa lo siguiente: en audiencia inicial del 19 de junio de 2019, se ordenó: “vincular a las cooperativas UCINCOOP, UNISALUD, PROMOVIENDO Y ENFERCOOP, quedando a cargo de la demandada proveer lo necesario para la notificación y traslados. (fl.109 vto). Ante la falta de cumplimiento de la orden, y teniendo en cuenta que el Consejo de Estado jurisprudencialmente estableció que en estos casos no era necesaria la vinculación de Cooperativas de trabajo, por auto del 12 de agosto de 2019 se decidió seguir adelante con el proceso solo en contra la Subred Integrada de Salud Sur E.S.E.

La parte actora allegó con su escrito de demanda los contratos 189 de 2011, 1966 de 2013 y una adición del contrato 570 de 2014, todos ejecutados en el Hospital Tunal (ff 26-33).

Mediante oficio radicado 201903510141853 calendado del 19 de noviembre de 2019, la oficina de contratación de la accionada certifica la existencia de los siguientes contratos entre la SUB RED SUR E.S.E y la demandante:

ORDEN O CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	PLAZO DE EJECUCION		OBJETO	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD
	DESDE	HASTA			
2-404 DE 2010	10/03/2010	30/09/2010	ENFERMERA JEFE	\$ 12.465.480	MEISSEN
2-414 DE 2011	20/08/2011	31/03/2011	ENFERMERO JEFE	\$ 3.889.230	MEISSEN
2-679 DE 2011	01/04/2011	30/06/2011	ENFERMERO JEFE	\$ 7.479.288	MEISSEN
2-964 DE 2011	01/07/2011	03/01/2012	ENFERMERO JEFE	\$ 11.966.860	MEISSEN
2-250 DE 2012	04/01/2012	30/04/2012	ENFERMERO JEFE	\$ 11.717.553	MEISSEN
296 DE 2012	01/05/2012	08/08/2012	ENFERMERO JEFE	\$ 8.144.114	MEISSEN
1661 DE 2012	13/08/2012	12/09/2012	ENFERMERO JEFE	\$ 888.072	MEISSEN
2812 DE 2012	01/11/2012	06/12/2012	ENFERMERO JEFE	\$ 3.368.451	MEISSEN
3231 DE 2012	11/12/2012	01/01/2013	ENFERMERO JEFE	\$ 1.698.630	MEISSEN
O-414 DE 2013	02/01/2013	31/01/2013	ENFERMERO JEFE	\$ 2.493.097	MEISSEN
O-1208 DE 2013	01/02/2013	30/04/2013	ENFERMERO JEFE	\$ 11.218.938	MEISSEN

En la misma certificación refiere: “que los periodos comprendidos entre 30-09-2010 a 20-08-2011; 08-08-2012 a 13-08-2012; 12-09-2012 a 01-11-2012; 06-12-2012 a 11-12-2012 no se suscribieron contratos de prestación de servicios, existiendo en estos puntos solución de continuidad.”.

Sin embargo, el contrato No. 189⁹ de 2011 tiene una vigencia desde febrero de 2011 hasta el 2 de enero de 2012, lo que permite establecer que no existió solución de continuidad.

Del expediente administrativo se precisa la existencia de los contratos 720 de 2002, 331 de 2008, 1043 de 2009, 495 de 2010, 1645 de 2010, 189 de 2011, 964 de 2011, 812 de 2012, 1208 de 2013, 479 de 2013, 1966 de 2013, 570 de 2014, 380 de 2015 1126 de 2016, 7 de 2016 y 3896 de 2016¹⁰, todos con sus respectivas prorrogas.

Justificaciones de la contratación:

Contrato 1049 de 2009 “Que la disponibilidad de recursos financieros del HOSPITAL es insuficiente para la creación de nuevos cargos en su planta de personal; como tampoco cuenta con el personal capacitado suficiente para prestar los servicios asistenciales objeto de este contrato. 4) Que, en la actualidad para el cumplimiento de su objeto social, EL HOSPITAL ha venido contratando personal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para apoyo a la gestión de la Entidad.”¹¹.

Contratos 495 y 1645 de 2010 “1) Que el HOSPITAL EL TUNAL TERCER NIVEL D EN ATENCION E.S.E no cuenta con la planta de personal suficiente que le permita garantizar la prestación de los servicios de salud dentro de los parámetros de oportunidad, eficiencia y eficacia”¹²

Contratos 3221 de 2012, 2812 de 2012, 3221 de 2012, 414 de 2013 ,1208 de 2013 “1) EL HOSPITAL requiere el apoyo del recurso humano para el desarrollo de actividades

⁹ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2011

¹⁰ Expediente administrativo – carpeta “CONT”.

¹¹ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2009 folio 40

¹² Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2010 folios 26 y 101

administrativas teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las actividades descritas en la cláusula segunda del presente contrato.”¹³

*Contratos 296 de 2012 y 1661 de 2012 “1. Que el Hospital requiere el apoyo de recurso humano para el desarrollo de las actividades ASISTENCIALES teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las actividades descritas en el objeto del contrato, conforme lo certifica la Subdirección Científica”*¹⁴

*Contrato 570 de 2014 “En la planta de personal del Hospital El Tunal no se cuenta con recurso humano suficiente para el desarrollo de actividades asistenciales, por lo tanto, se solicita ENFERMERO (A), para desarrollar actividades en las diferentes áreas asistenciales del Hospital El Tunal, cobertura de horas diurnas, nocturnas y días festivos, de acuerdo a las necesidades del Hospital El Tunal.”*¹⁵

*Contrato 380 de 2015 “Que, revisada la Planta de Personal y el Manual de Funciones y Competencias Laborales vigente, no se cuenta con personal suficiente provisto que atienda funciones o desarrolle actividades iguales o relacionadas con el asunto objeto de la contratación UN (01) ENFERMERO CLINICA DEL DOLOR”*¹⁶

*Contratos 7 y 3896 de 2016 “El Hospital El Tunal no cuenta en la planta con recurso humano necesario para el desarrollo de todas las actividades inherentes al área de CLÍNICA DE DOLOR, se requiere contratar los servicios de un (1) ENFERMERO (A) que desarrollara actividades para apoyar y garantizar la continuidad de los procesos asistenciales del servicio de Clínica de Dolor a la población que atiende el hospital”*¹⁷

Estos contratos contaron, entre otras, con las siguientes funciones específicas comunes:

Planear y ejecutar con el personal auxiliar a su cargo, la atención de enfermería correspondiente a la situación específica de cada paciente teniendo en cuenta los procedimientos, normas y técnicas establecidas. Ejercer el control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de enfermería a usuarios por parte del personal auxiliar y camillero. Proporcionar continuamente orientación y asesoría en capacitación, información, inducción y actualización de programas de salud al personal relacionado con enfermería. Coordinar las actividades de enfermería con otras áreas buscando integración con el resto del equipo de salud, optimizando la atención al paciente. Ejecutar tratamientos de Enfermería de mayor responsabilidad al paciente. Establecer y hacer cumplir los sistemas de control para la conservación de stock de elementos médicos y equipos tales como inventarios. Revisar las historias clínicas e instrucciones médicas de todos los pacientes hospitalizados a fin de tenerlos en cuenta en el plan de atención de Enfermería.

- Prueba testimonial

¹³ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2010 – 2013 folios 3, 7, 10 y 13

¹⁴ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2010 - 2013 folios 18 y 26

¹⁵ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2014 folio 1.

¹⁶ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2015 folio 1

¹⁷ Expediente administrativo- Carpeta “CONT” – archivo 45478891 – 2015 folio 101

La señora Luz Berenice Herrera Santos, señala conocer a la señora Isabel Carrasco, jefe de la clínica del dolor en el Hospital del Tunal. Afirmó haber trabajado con ella durante diciembre de 2010 hasta agosto de 2016. De las funciones realizadas por la demandante indicó: "(...) ella era la encargada de colocar pues los medicamentos en salas de cirugías después de las cirugías de los pacientes, ella era la que le colocaba y en los pisos ella era la encargada de poner a los pacientes (...) ella nos capacitaba de los equipos pero nosotros estábamos pendientes de que la maquina funcionara si se paraba había que llamarla a ella porque era la que lo manejaba (...). Así mismo ante la pregunta si había más personal que desempeñara las mismas funciones dijo (...) ella era la única que sabía manejar los equipos, si ella no estaba entonces eran los anestesiólogos que ellos sabían manejar esas máquinas porque de resto nadie más (...). En relación con si tenían jefes inmediatos precisó (...) nosotros siempre teníamos jefe inmediato quien daba las órdenes para poder realizar las actividades (...). Del procedimiento de autorización para ausentarse señaló: (...) se pasaba un permiso por escrito igual ese día que ella no iba vuelvo y repito le tocaba a los anestesiólogos montar la clínica de dolor (...)

Igualmente sostuvo que la señora Isabel participaba en capacitaciones, las cuales eran obligatorias cuando llegaban nuevos equipos; que la jefe debía estar sujeta a las instrucciones o manuales institucionales y al preguntársele sobre interrupciones laborales afirma que siempre la vio laborando.

Aclara que prestó sus servicios en diferentes salas en las que la demandante siempre hacía presencia. Al preguntarle si sabía quién daba las órdenes a la señora Isabel para hacer sus actividades indicó (...) el anestesiólogo daba la orden y ella hacia lo de la clínica del dolor y la jefe de la clínica del dolor (...). Y frente a si la jefe de la señora Cabrales era de la planta del Hospital sostuvo: (...) La jefe Abello era de planta.

La Señora Sandra Ibeth Fonseca Rodríguez señala haber trabajado con la demandante desde el 2000 hasta el 2015. Frente a las funciones que cumplía la señora Isabel indicó (...) era la encargada de la clínica del dolor (...) ella estaba a cargo de la doctora, no me acuerdo el nombre de la doctora, era una doctora que estaba y siempre andaban las dos, se hacían interconsultas, la verdad era que ella estaba en toda la clínica, de las interconsultas de la clínica del dolor ella iba a la uci neonatal iba en compañía de la doctora y dependiendo de eso iniciaban manejo (...). Ella era la que siempre hacia las cosas (...) Sabe usted si se debía solicitar una autorización para ausentarse: (...) La verdad siempre se tenía que pedir un permiso para que se pudiera suplir esa necesidad porque no todo el mundo esta con el conocimiento y la disposición para hacer lo que ella estaba haciendo (...). Sabe usted si de los insumos o equipos que manejaba la señora Isabel eran aportados por ella: (...) Los insumos como tal se pedía por paciente se supone que el hospital tenia los equipos para realizar los procedimientos que ella tenía que hacer (...). Sabe usted si la señora Isabel tenía un jefe inmediato: (...) supongo que era la jefe Abellaneda quien era la que tenía que estar revisando sus horarios de trabajo (...). Participaba la señora Isabel en capacitaciones: (...) La verdad en lo que yo se a nosotras nos disponían conferencias que nos exigíamos que teníamos que ir (...). Si claro cada uno de nosotros teníamos que portar el carnet de la clínica (...). Debía la señora Cabrales seguir instructivos o manuales institucionales: (...) Si claro nosotros tenemos un formato donde están todos los deberes y además obviamente un horario dependiendo del horario que uno tuviera (...). (...) No, la verdad no, yo todo el tiempo la vi pendiente a ella pendiente de todo

(...). Sabe si la señora Isabel tenía jefe inmediato: (...) Lo que yo veía era que la doctora avellaneda le daba las ordenes y ella acataba las ordenes que ella le daba (...). La parte demandada pregunta, Sabe en qué horario se encontraba la jefe Isabel (...) yo le llamo un horario de franja, es que no estoy segura, yo la veía a ella de día, eh si era de las 7 o 8 hasta las 5. (...). Las ordenes eran por escrito: Si, esas ordenes son por escrito (...). Usted sabe si la jefe Isabel Cabrales posee al tipo de especialización: (...) si, si señor ella para esa área por eso digo yo suplir la necesidad de ella era precisamente por eso esa área era especializada en ese tipo de procedimientos no todos los jefes lo tienen. (...) Había más profesionales de planta que cumpliera las mismas funciones la señora Cabrales: (...) De planta no (...). Usted sabe o le consta si la jefe Isabel Cabrales prestó sus servicios en otros entes hospitalarios dado a su formación profesional y su especialidad en la clínica del dolor: (...) pues ahí en el hospital mientras las dos trabajamos no, tenía entendido que ella solo trabajaba con el Hospital el Tunal en esos años que yo trabaje con ella. El Despacho pregunta que horario de Atención tiene la Clínica de Dolor: (...) horario de franja nosotros llamamos a horario de franja horario durante el día.

-Interrogatorio de Parte

La señora Isabel Cabrales manifiesta que es profesional universitaria en enfermería y que no cuenta con especializaciones. De la pregunta formulada si ella había manejado todos los temas relacionados con la clínica del dolor del Hospital del Tunal la demandante refirió que en efecto había estado a cargo de la clínica del dolor desde el 2003 y había salido en el año 2016. Que manejaba un horario de 8 a 5 pm de lunes a viernes. Que durante todo el tiempo seguía las órdenes del anesthesiologo y realizaban todos los días en su compañía las rondas de los pacientes y que en la tarde le quedaba tiempo para recibir a los pacientes de cirugía. Al preguntarse si las ordenes que le impartían eran por escrito, la señora Isabel indico que todas las ordenes medicas debían ser por escrito, que las recibía de la anesthesiologa que era su jefe inmediata y que también recibía ordenes escritas y verbales de la jefe del departamento de enfermería.

Procede el Despacho a analizar el material probatorio allegado con el fin de determinar si se demostraron los elementos propios de una relación laboral en el desarrollo de los contratos suscritos entre la demandante y SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E

3.3.2. Análisis de la relación existente

Comoquiera que la prestación personal del servicio y la remuneración, son elementos comunes para las vinculaciones mediante contrato de prestación de servicio y relación laboral, no se ahondará en ellos.

De la subordinación el Despacho precisa que, según jurisprudencia del Consejo de Estado, en el caso de las enfermeras, existe una presunción de subordinación y cumplimiento de horario. Lo anterior por cuanto las funciones realizadas por los enfermeros no se limitan a la coordinación entre las partes, sino que se hace

necesario, por la naturaleza de sus funciones, el seguimiento de órdenes estrictas del personal médico.

“(...) Se ha considerado que la labor de enfermera no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud (...)”¹⁸.

Específicamente sobre el cargo de enfermera jefe señaló:

“Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento. Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en qué horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.”¹⁹ (Subrayado fuera del texto)

Corresponde entonces al Despacho, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, establecer si existió relación laboral acudiendo para ello a los criterios identificadores de la permanencia de funciones: i) criterio funcional, ii) criterio de igualdad, iii) criterio temporal o de habitualidad, iv) criterio de excepcionalidad y v) criterio de continuidad.

i) Criterio Funcional

Este criterio hace alusión a la ejecución de funciones propias del ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública.

La Subred Integrada del Sur E.S.E, tiene como misión: “La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. del Distrito Capital, presta servicios de salud enmarcados en el modelo innovador de atención en red con enfoque en la gestión integral del riesgo, mejorando las condiciones de salud de nuestros usuarios de las localidades de Usme,

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, 21 de abril de 2016.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

Ciudad Bolívar, Sumapaz y Tunjuelito, manteniendo la participación ciudadana urbana y rural."²⁰

En virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante, se advierte que desempeñó funciones encaminadas al cumplimiento de la misión de la entidad. En las obligaciones específicas de los diferentes contratos se precisa la realización de todas las actividades tendientes a la atención, manejo y seguimiento de los pacientes, así como la atención a familiares y ciudadanos en general.

Adicionalmente la demandante tenía funciones especiales administrativas que permitían dar cumplimiento a las labores propias del funcionamiento y mantenimiento del centro hospitalario, entre ellas la elaboración de reportes estadísticos de los pacientes y de los diferentes programas de prevención y protección que implementa la Secretaría Distrital de Salud; planear y ejecutar con el personal auxiliar a su cargo la atención de enfermería correspondiente; ejercer el control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de enfermería a usuarios por parte del personal auxiliar y camillero; hacer cumplir los sistemas de control para la conservación de stock de elementos médicos y equipos; participar en la elaboración y/o actualización del manual de normas; supervisar el trabajo realizado por las auxiliares de enfermería .

Labores que sin lugar a duda aseguran la prestación del servicio de salud de los ciudadanos.

ii) *Criterio de Igualdad*

Criterio relacionado con la identidad de las labores desarrolladas por el contratista y las de los servidores públicos vinculados en planta de personal.

Según los testimonios rendidos por las señoras Luz Berenice Herrera Santos y Sandra Ibeth Fonseca las labores que la demandante desempeñó eran propias de una enfermera jefe. Precisan los testigos que la actora desempeñó funciones principalmente en el área denominada Clínica del Dolor. Dichas labores están relacionadas en cada uno de los contratos.

Como obra en el expediente administrativo y en los diferentes contratos celebrados la demandante tenía funciones específicas del giro de la misionalidad de la entidad. Por lo anterior se realizará el análisis del criterio de igualdad con el perfil de la Profesional Enfermero Código 243 información que se toma del expediente administrativo²¹, en respuesta a la petición radicada por la actora el 2 de febrero de 2017 en el cual solicito "Certificado de grado si fuera de planta y código si fuera empleado público":

²⁰ <http://www.subredsur.gov.co/content/misi%C3%B3n-y-visi%C3%B3n>

²¹ Expediente Administrativo – Carpeta "TH" – 201912191547 folios 9-11.

FUNCIONES – PROFESIONAL ENFERMERO CODIGO 243	OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Coordinar las actividades de enfermería con las demás dependencias buscando la integración con el resto del equipo de salud, optimizando la atención del paciente.</i> • <i>Realizar el proceso de atención de enfermería, como método científico de la profesión.</i> • <i>Registrar en la historia clínica toda la información disponible de los problemas identificados en los individuos, familia y comunidad.</i> • <i>Realizar y controlar la recepción del paciente revisando la historia clínica.</i> • <i>Identificar, comunicar y ejecutar acciones ante reacciones producidas por los medicamentos administrados.</i> • <i>Planificar, controlar y ejecutar la preparación del paciente en investigaciones clínicas especiales.</i> • <i>Prevenir y detectar úlceras por presión.</i> • <i>Participar en programas de evaluación de la calidad de la actividad de enfermería.</i> • <i>Participar en las reuniones del servicio de enfermería que sean programadas.</i> • <u><i>Participar en los procesos de educación continua para el personal de enfermería.</i></u> • <u><i>Conocer y dar cumplimiento a los protocolos y guías institucionales.</i></u> • <i>Llevar a cabo las actividades normalizadas para el control de infecciones tales como educación, al paciente y familia, aplicación de medidas preventivas según el caso.</i> • <i>Planear y realizar periódicamente rondas y revistas de enfermería valorando la situación del paciente y estableciendo el plan de cuidado,</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <u><i>Coordinar las actividades de enfermería con otras áreas buscando integración con el resto del equipo de salud, optimizando la atención al paciente.</i></u> • <u><i>Planear y ejecutar con el personal auxiliar a su cargo, la atención de enfermería correspondiente a la situación específica de cada paciente teniendo en cuenta los procedimientos, normas y técnicas establecidas.</i></u> • <u><i>Ejercer el control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de enfermería a usuarios por parte del personal auxiliar y camillero.</i></u> • <u><i>Proporcionar continuamente orientación y asesoría en capacitación, información, inducción y actualización de programas de salud al personal relacionado con enfermería.</i></u> • <i>Ejecutar tratamientos de Enfermería de mayor responsabilidad al paciente.</i> • <i>Establecer y hacer cumplir los sistemas de control para la conservación de stock de elementos médicos y equipos tales como inventarios.</i> • <u><i>Revisar las historias clínicas e instrucciones médicas de todos los pacientes hospitalizados a fin de tenerlos en cuenta en el plan de atención de Enfermería.</i></u> • <u><i>Informar oportunamente al médico los cambios ocurridos con el paciente.</i></u> • <u><i>Participar en la elaboración y/o actualización del Manual de Normas, Procedimientos y Protocolos Asistenciales del área</i></u> • <i>Asistir a las reuniones programadas por la Coordinación de Enfermería.</i>

<p><i>teniendo en cuenta: <u>Historia Clínica, paraclínicos y examen físico.</u></i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i><u>Dar cuidado directo a los pacientes según su criterio profesional e informar oportunamente sobre los cambios ocurridos con el paciente con respecto a su situación clínica.</u></i> • <i><u>Supervisar los registros realizados por personal auxiliar de enfermería correspondiente a: Control, signos vitales, control de líquidos, notas de enfermería, administración de medicamentos y otros.</u></i> • <i><u>Realizar el recibo y entrega de turno de paciente a paciente con el grupo de auxiliares de enfermería a su cargo indicando los cuidados de enfermería realizando la evaluación del paciente y los procedimientos y actividades pendientes.</u></i> • <i>Colaborara como instrumentadora cuando las necesidades del hospital lo requieran.</i> • <i>Informar al Departamento de Enfermería o al superior inmediato sobre los problemas que afecten el buen funcionamiento de los servicios.</i> • <i><u>Mantener en los diferentes servicios de insumos básicos para la atención de usuarios en los turnos.</u></i> • <i>Participar en la revista médica y en otro tipo de estudios clínicos y responder por los tratamientos de los pacientes.</i> • <i><u>Supervisar y evaluar el desempeño laboral del personal auxiliar de enfermería y camilleros a su cargo utilizando el formato diseñado para tal fin.</u></i> • <i><u>Realizar la asignación de trabajo del personal a su cargo en los diferentes servicios teniendo en cuenta sus capacidades y su nivel de entrenamiento.</u></i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Supervisar que se mantengan la técnica de asepsia y antisepsia y las normas de bioseguridad en todos los procedimientos.</i> • <i><u>Cumplir con la política de Gestión Ambiental y Salud Ocupacional conforme a los criterios de certificación vigentes.</u></i> • <i><u>Supervisar el trabajo realizado por las auxiliares de enfermería.</u></i> • <i><u>Aplicar las guías, protocolos, procedimientos de enfermería e institucionales en cada una de las actividades a realizar</u></i> • <i><u>Realizar recibo y entrega de turnos de paciente por paciente de acuerdo con la lista de chequeo del servicio teniendo en cuenta la precaución de no lesionar con dicha información.</u></i>
--	--

<ul style="list-style-type: none"> • <u>Colaborar activamente en la actualización del manual de normas y procedimientos del área.</u> • <i>Hacer uso racional y eficiente de los recursos disponibles para su labor.</i> • <u>Dar cumplimiento al manual de procesos y procedimientos del Hospital asignado a su área.</u> • <u>Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental.</u> • <i>Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.</i> <p><i>FUNCIONES ESENCIALES SI SE DESEMPEÑA COMO COORDINADOR DE UN AREA (...).</i></p>	
--	--

Constatadas las funciones indicadas en los contratos de prestación de servicio suscritos entre la demandante y el cargo análogo en la planta del Hospital, y de acuerdo con las declaraciones recepcionadas, es evidente que la aquí demandante desempeñó el cargo de enfermera jefe, y cumplió las mismas funciones del cargo de planta denominado profesional enfermero código 243.

iii) Criterio temporal o de habitualidad

Este criterio exige que las funciones contratadas se asemejen a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor.

Está acreditado que la demandante desempeñó las mismas actividades durante el tiempo que cumplió funciones de Enfermera Profesional. Que tuvo contratos suscritos con la aquí demandada en los años 1999 y 2002²², prestando sus servicios al Hospital el Tunal en la clínica del dolor. Entiende el despacho que este periodo no fue reclamado por la actora en la presente demanda ya que ella se encontraba para estos años con una vinculación laboral simultáneamente con otra entidad de Salud. Así se constata de la manifestación en su hoja de vida (archivo de contratación de 1999 fl. 48 escaneado) y algunas certificaciones de pago del Hospital San jose que obran en el expediente.

La demandante solicita el reconocimiento de la relación laboral desde 2003 al 2017 por haber prestado sus servicios exclusivamente a la hoy demandada SUBRED SUR E.S.E. Esta labor la cumplió en un horario de trabajo principalmente en un turno

²² Expediente Administrativo – Archivo denominado CONT ISABEL CABRALES SEPULVEDA RADICADO 45478891- 1999 y 2002 del mismo archivo.

denominado como “franja” es decir un horario de 7 de la mañana a las 5 de la tarde de lunes a viernes y lo realizó año tras año con pocos días de interrupción.

iv) Criterio de excepcionalidad y criterio de continuidad

Conforme al criterio de excepcionalidad, los contratos de prestación de servicios se suscriben para el cumplimiento de actividades nuevas que no puede desarrollar el personal de planta, o cuando se requieran de conocimientos especializados, o se haga necesario redistribuir tareas por recargo laboral, siempre y cuando se contrate de forma transitoria.

En los contratos suscritos se lee en los diferentes objetos: “En ejecución del presente contrato, el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como ENFERMERA en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera”. Este objeto, en principio, es contrario a lo prescrito por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 154 de 1997 en cuanto dispuso que el enunciado del artículo 32 de la ley 80 es exequible siempre y cuando se entienda que la frase “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta” no es una autorización para suplir insuficiencia de personal. Adicionalmente, la misma Corporación al modular la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, que autoriza a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros, precisó que sólo es posible contratar para redistribuir actividades por excesivo recargo laboral siempre y cuando sea de manera transitoria.

En el presente caso, la contratación de la actora se hizo con el objeto de suplir la falencia de planta de personal. Así quedó demostrado en los diferentes contratos aportados con el Expediente administrativos en los que las justificaciones se realizaban así. “Que el HOSPITAL EL TUNAL TERCER NIVEL DE ATENCION E.S.E no cuenta con la planta de personal suficiente que le permita garantizar la prestación de los servicios de salud dentro de los parámetros de oportunidad, eficiencia y eficacia.” ; “El Hospital El Tunal no cuenta en la planta con recurso humano necesario para el desarrollo de todas las actividades inherentes al área de CLÍNICA DE DOLOR, se requiere contratar los servicios de un (1) ENFERMERO (A) que desarrollara actividades para apoyar y garantizar la continuidad de los procesos asistenciales del servicio de Clínica de Dolor a la población que atiende el hospital” y “En la planta de personal del Hospital El Tunal no se cuenta con recurso humano suficiente para el desarrollo de actividades asistenciales, por lo tanto, se solicita ENFERMERO (A), para desarrollar actividades en las diferentes áreas asistenciales del Hospital El Tunal, cobertura de horas diurnas, nocturnas y días festivos, de acuerdo a las necesidades del Hospital El Tunal.”. Cabe resaltar que en las diferentes justificaciones de las contrataciones se observa la falta de recurso humano para poder cumplir con las funciones del giro misional de los centros hospitalarios, esta información se corrobora con los contratos relacionados en el expediente administrativo.

La necesidad de contratar para suplir la falta de personal y poder atender las funciones propias de la entidad quedaron consignadas expresamente en las justificaciones de los contratos relacionados en el acápite de material probatorio.

De otra parte, el requisito de la transitoriedad no se cumplió. Contrario a la finalidad de una relación contractual, la entidad suscribió sucesivos contratos con la demandante por más de 14 años, para el desempeño de funciones propias y permanentes de la entidad.

En tal sentido, como los objetos contractuales, funciones y tareas desplegadas por la señora Isabel Cabrales Sepúlveda durante el período en que se extendió su vínculo contractual con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, fueron propias o misionales de la entidad es claro que de ellos puede predicarse el elemento de permanencia en las funciones.

3.3.3. Del restablecimiento del derecho

Analizado lo anterior y habiéndose determinado la existencia de una relación laboral, se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 201703510022091 de fecha 23 de febrero de 2017, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Del acervo probatorio obrante en el expediente, se acreditó que las funciones desempeñadas por la actora, en virtud de los contratos de prestación de servicios relacionados en el acápite anterior correspondieron al cargo de la planta de personal de la entidad demandada denominado Profesional Enfermero Código 243.

De la prueba testimonial y documental se logró establecer que la señora Isabel Cabrales Sepúlveda cumplió con actividades propias del cargo de Enfermera Profesional en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Así, aún cuando la demandada esgrimió como defensa, que “ (...) la demandante no tenía horario de trabajo como se refiere, nunca se le impuso como tal, si la demandante desarrollo sus actividades dentro del horario del Hospital para sus empleados de planta lo hizo para poder cumplir con el objeto contractual en razón a la naturaleza y desarrollo de las actividades contratadas, por lo que en cumplimiento del mismo lo hizo dentro de este horario(...)”, no logró desvirtuar la subordinación, elemento que se presume según jurisprudencia del Consejo de Estado.

En cuanto al restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad reconocer y pagar a favor de la actora, el valor de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad. Tales prestaciones serán liquidadas teniendo en cuenta la asignación salarial para un profesional enfermero código 243

Los aportes pensionales, respecto de los cuales no opera la figura de la prescripción, serán calculados con el valor de la asignación salarial para un profesional enfermero código 243.

Ahora bien, dado que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones, la liquidación incluirá, para efectos prácticos, la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones, mayores de 15 días, pero

descontadas del total de las condenas, en aplicación al precedente fijado por el Consejo de Estado, en sentencia de 11 de noviembre de 2009²³.

Igualmente se precisa que la declaración de la existencia de la relación laboral no implica que la DEMANDANTE obtenga la condición de servidora pública, pues, no se cumplió con los requisitos de nombramiento y agotamiento de un proceso de selección. Los pagos ordenados en esta sentencia tienen como propósito respetar las garantías constitucionales relacionadas con “igual trabajo, igual salario”, presupuesto derivado del principio de igualdad.

Frente a la pretensión de indemnización moratoria, por falta de pago de salario y prestaciones sociales, será negada pues no se probó su causación y antes de esta decisión judicial no existía un fundamento jurídico que obligara a la entidad al pago de salarios.

La pretensión de sanción moratoria y sanción por el no pago de cesantías no tiene vocación de prosperidad. Esta indemnización procede en los eventos en que las cesantías ya han sido reconocidas, sin que sea viable reclamar la mora cuando precisamente se encuentra en litigio la declaración del derecho a percibir las.

Los daños morales solicitados por la actora es una pretensión que será denegada por cuanto no se acreditaron durante el proceso. Finalmente, la devolución de los descuentos por concepto de aportes a pensión y salud serán negados, teniendo en cuenta que estos descuentos no entran al pecunio de la actora a menos que se demuestre un mayor valor pagado, lo anterior atendiendo lo fijado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado 005/16 de 25 de agosto de 2016, según la cual:

“(…) el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”

3.3.4. Prescripción

De acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁴, cuyos apartes se dejaron transcritos en la parte normativa y jurisprudencial de esta providencia, el reconocimiento de la relación laboral solo puede pretenderse dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual. Dicho término se interrumpe, por una sola vez, con la petición que se formule dentro del mismo término.

²³ “Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.” Consejo de Estado, sentencia 11 de noviembre de 2009, Magistrada Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado N° 2001575 680001-23-15-000-2004-02350-012486-08

²⁴ Consejo de Estado Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) Actuación Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 25 de agosto de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Como quiera que la regla de imprescriptibilidad establecida por la SU del 25 de agosto del 2016, sólo fue aplicada a cotizaciones pensionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con la constitucionalidad de la prescripción de los derechos laborales contenida en las sentencias C-072 de 1994 y C-916 de 2010, se mantiene incólume.

Verificado el caso en concreto, se advierte la existencia sucesiva de contratos de trabajo, cuyo último extremo correspondió al día 30 de septiembre de 2016 (conforme a la certificación expedida por el supervisor del contrato No. 3896 de 2016)²⁵. La petición de reclamación del contrato realidad y las prestaciones sociales y salariales derivadas de ésta fue radicada el 2 de febrero de 2017 (fls. 11 a 16), esto es, 4 meses y 3 días después de la terminación del vínculo contractual y, la demanda fue radicada el 07 de julio de 2017, con una interrupción del término entre el 20 de abril de 2017 al 05 de junio del mismo año (ff. 50-51) por efectos de la conciliación prejudicial. Con lo que se determina que la demanda fue interpuesta dentro del plazo indicado por el Consejo de Estado.

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta la fecha en que fue radicada la petición se declarará que los derechos anteriores al 02 de febrero de 2014 se encuentran prescritos.

3.4.5. Imprescriptibilidad de los aportes para seguridad Social.

En la sentencia de unificación que se viene tratando, se determinó que los aportes para pensión son imprescriptibles. Esta providencia fue clara en indicar que la imprescriptibilidad se predica en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

“la imprescriptibilidad no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensiones solo en el porcentaje que le correspondía como empleador”²⁶

3.4.6. Indexación

²⁵ Expediente administrativo – Archivo CTO – Isabel Cabrales Sepulveda – 45478891-2016 (2) folio 105.

²⁶ Consejo de Estado Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) Actuación Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 25 de agosto de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Las sumas no prescriptas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán actualizar conforme a lo previsto en el inciso 5º del artículo 187 del CPACA²⁷, bajo la fórmula

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

2.4.7. Condena en costas

Se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado²⁸

Habida cuenta que la actora tuvo que nombrar apoderado para que representara sus intereses, se condenará por costas a la demandada en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandante.

El Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado para gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para su funcionamiento²⁹.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo No. 201703510022091 de fecha 23 de febrero de 2017 (OJU-E- 356 del 2017), expedido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

²⁷ Artículo 187. CPACA, inciso 5º "Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

²⁸ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

²⁹ Artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa",

SEGUNDO: A título de **RESTABLECIMIENTO, ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** proceder a lo siguiente:

- **RECONOCER y PAGAR** a la señora ISABEL CABRALES SUPULVEDA las prestaciones sociales a que tenga derecho, causadas con posterioridad al 2 de febrero de 2014 (por prescripción trienal). La liquidación debe hacerse tomando como base el valor mensual de la asignación del profesional enfermero código 243.
- **LIQUIDAR y CONSIGNAR** al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la ACTORA, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por la actora y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta, en la cuantía que le corresponde al empleador.

TERCERO: DECLARAR la PRESCRIPCIÓN de los derechos causados con anterioridad al 02 de febrero de 2014, salvo los aportes al sistema de pensiones, de conformidad con lo previamente expuesto.

CUARTO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser **ACTUALIZADAS** de conformidad con la fórmula señalada en el acápite de indexación. De igual forma se procederá con las sumas que se deben consignar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

QUINTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho y demás gastos procesales el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$877.803 M/CTE).

SÉPTIMO: DESTINAR los remanentes del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



ADRIANA ANDREA ALBARRACÍN BOHÓRQUEZ
SECRETARIA AD HOC