



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

RADICACIÓN: *No. 110013335-012-2017-00341-00*
PROCESO *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
ACCIONANTE: *EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO*
ACCIONADA: *SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.*

**AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA Nº 247-2020**

En Bogotá D.C. a los cuatro (04) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020) siendo la hora de las diez de la mañana (10:00 a.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 en la plataforma Teams, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: **ANDRES FELIPE LOBO PLATA**, apoderado de la parte demandante, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.426.050 y T.P. 260.127 del C.S. de la J.

La parte demandada: **AURA ALICIA INFANTE GARCIA**, apoderada de la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.921.603 y T.P. 148.618 del C.S. de la J.

La parte vinculada: **NATALIA CASTAÑO RAVE**, identificada con cédula de ciudadanía No.1.053.797.866 y T.P. 228.095 del C.S. de la J. apoderada de la vinculada **S&A SERVICIOS Y ASEOSRIAS SAS**.

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

Apoderado del demandante:

Apoderada de la entidad:

Apoderada de la Temporal de Servicios:

Las alegaciones quedan registradas en la videograbación de la audiencia

3. FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, se pueden establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de prestaciones sociales.

Si el tiempo durante el cual el actor prestó sus servicios, en la SUBRED INTEGRADA SE SERVICIOS DE SALUD NORTE, mediante contrato con la empresa de servicios temporales se generaron obligaciones de índole laboral con la entidad hospitalaria.

3.1. De la desnaturalización del contrato de prestación de servicios

Mediante 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.

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”. En la prestación de servicios el contratista está sujeto a coordinación en tanto que en la laboral opera 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

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.

reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”⁴.

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 sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la*

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

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).

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.

Sin embargo, esta jurisdicción ha adoptado la tesis según la cual, la sentencia es constitutiva de derecho y como tal, si se logró interrumpir la prescripción dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo laboral, el reconocimiento de prestaciones debe hacerse por todo el tiempo en que se mantuvo una relación sin solución de continuidad.

El Despacho no comparte este criterio, por considerarlo contrario a las sentencias de constitucionalidad C-072 DE 1994 (artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del de Procedimiento Laboral) y C -916 DE 2010 (art. 41 del Decreto 3135 de 1968), que definieron la constitucionalidad del término prescriptivo de obligaciones laborales y que fueron el sustento inicial de la sentencia SU del 25 de agosto del 2016 proferida por el Consejo de Estado, en la que se fijaron las reglas de prescripción.

Aplicando el mismo fallo C-072 la Corte Suprema de Justicia interpreta de manera diferente la figura de la prescripción, por estimar que la sentencia no tiene carácter constitutivo sino declarativo del derecho.

En sentencia CSJ SL3169-2014, la C.S.J. explicó esa diferencia en los siguientes términos:

“Con todo, interesa recordar que para la jurisprudencia de la Corte, los plazos de los términos prescriptivos empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando las obligaciones se hacen exigibles (verbigracia, artículos 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición, acaece aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples.

[...]

A ello cabría agregar que por muy sugestiva que parezca la tesis que pregona un carácter ‘constitutivo’ a las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo cuando quiera que, entre otros aspectos, resuelven sobre la naturaleza jurídico laboral del vínculo que ata a las partes, no explican a satisfacción, pues ni siquiera lo hacen con el aludido concepto de ‘sentencia constitutiva’, el por qué se generan derechos y obligaciones hacia el pasado de un status laboral que apenas vendría a ser ‘constituido’ mediante esa clase de sentencia, por ser sabido que esta tipología de providencias crea, extingue o modifica una determinada situación jurídica, esto es, genera una ‘innovación’ jurídica, es decir, una situación jurídica que antes no existía, produciendo así sus efectos ‘ex nunc’, o sea, hacia el futuro, pues es allí donde nacen, se extinguen o se modifican las obligaciones y derechos derivados de esa ‘nueva’

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.

situación jurídica; en tanto, que las sentencias ‘declarativas’, como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, eliminando así cualquier incertidumbre acerca de su existencia, eficacia, forma, modo, etc., frente a quien debe soportar o a cargo de quien se pueden exigir determinadas obligaciones o derechos derivados de la dicha situación o estado jurídico, por manera que, sus efectos devienen ‘ex tunc’, esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios.

Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que ‘constituye’ el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuándo se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que ‘reconocen’ el contrato de trabajo como el que ‘en realidad’ se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza ‘constitutiva’ y no meramente ‘declarativa’, como hasta ahora se ha asentado por la Corte”.

La tesis la reiteró en la sentencia SL753-2020 en la que concluye que la exigibilidad de las prestaciones y demás obligaciones derivadas de la ejecución de un contrato de trabajo, no puede depender del momento en que se profiera una decisión judicial que declare la existencia de la relación laboral, por razón del principio de igualdad y el de primacía de la realidad sobre las formas⁸.

Es importante observar que, en la citada sentencia de Unificación, el Consejo de Estado no concluyó que la sentencia fuera constitutiva de derecho, ni fijó la regla de imprescriptibilidad cuando en la relación no hay solución de continuidad. Las reglas fijadas se limitaron a señalar:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.*
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.*

⁸ SL753-2020 Magistrado ponente JORGE PRADA SÁNCHEZ

Finalmente, al diferenciar 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, fijó la siguiente regla:

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

3.3. Del caso concreto

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

- Prueba documental

1. El señor **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO** laboró en el hospital SUBA como trabajador en misión por cuenta de la empresa temporal **SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.**, mediante los siguientes contratos (ff. 139-294).

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	VALOR MENSUAL FINAL	CARGO
CONTRATO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO	1/03/2007	16/03/2008	461500	AUXILIAR DE ENFERMERIA
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA	1/04/2008	15/04/2010	515000	AUXILIAR DE ENFERMERIA
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA No. 1002201003422	7/05/2010	16/08/2011	535600	AUXILIAR DE ENFERMERIA
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA No. 1-2-211-4582	7/09/2011	28/02/2013	589500	AUXILIAR ASISTENCIAL O ADMINISTRATIVO II
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA No. 1-2-213-1255	13/03/2013	13/03/2014	616000	AUXILIAR ASISTENCIAL ADMINISTRATIVO II
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA No. 2014-1771	21/03/2014	21/03/2015	644350	AUXILIAR ASISTENCIAL
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE LA OBRA O LABOR DETERMINADA No. 2807	8/05/2015	30/06/2016	689455	AUXILIAR ASISTENCIAL APH

(ff 55 a 61 de PDF Demanda escaneada)

2. Durante los años 2008,2009,2010,2011,2012,2013,2014 y 2015. (ff. 295-306) y entre mayo de 2015 a mayo de 2016 SERVICIOS Y ASESORIAS S.A. pagó la seguridad social a la actora. (ff. 300-312)
3. Entre SERVICIOS Y ASESORIAS S.A. y el HOSPITAL DE SUBA II NIVEL se celebraron los contratos de prestación de servicios 14012009 de 2008(ff.313-321); contrato No. 54-2-2010 de 2010 (ff. 322-331); contrato No. 016-02-2011 (333-341); contrato No. 004-02-2013 (342-351); contrato 137-022014 del 2014 (ff. 352-357); contrato No. 099-022015 de 2015 (ff. 358-366); contrato No. 024-022016 de 2016 (ff. 367-374).
4. Los anteriores contratos tenían en general, por objeto, la prestación del servicio de apoyo y refuerzo para el desarrollo, ejecución y cumplimiento de las actividades, asistenciales y administrativas del HOSPITAL DE SUBA II NIVEL E.S.E.
5. El señor **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO** se desempeñó en la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, en el cargo de **AUXILIAR DE ENFERMERIA**, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios (ff. 31-46; folio 10 y 41 de 83 demanda escaneada):

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	VALOR DEL CONTRATO	CARGO
730 de 2016	1/07/2016	31/08/2016	2680000	AUXILIAR DE ENFERMERIA APH
730 de 2016 Prorroga 1	1/09/2016	30/09/2016	1162000	AUXILIAR DE ENFERMERIA APH
3641 de 2016	1/10/2016	31/12/2016	Certificación no indica Valor	AUXILIAR DE ENFERMERIA APH
495 de 2017	1/01/2017	31/03/2017	6300000	AUXILIAR DE ENFERMERIA APH
495 de 2017 Prorroga 1	1/04/2017	31/05/2017	4725000	AUXILIAR DE ENFERMERIA APH

6. El actor estuvo vinculado a través de los Contratos de Prestación de Servicios con el Hospital Suba durante el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 2000 y el 31 de mayo de 2017 Sin embargo, de los contratos 511-2000; 000636-2000; 079-2000; 0273-2001; 00646-2001; 00769-2001; 01154-2001; 039-2002 solo se acredita su existencia, pues no fueron encontrados en el archivo de la entidad, según certifica la directora de la Subred Integrada de Servicios de la Salud Norte E.S.E. (Certificación 139 del 27 de agosto de 2020 – ANEXO 3).
7. Los contratos de prestación de servicios 730 de 2016 y 495 de 2017, suscritos entre el señor **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, se realizaron bajo la siguiente justificación: La inexistencia o insuficiencia del personal para dar cumplimiento a los procesos, subprocesos, proyectos y actividades de la institución. (ff. 31 y 42).
8. El objeto contractual de los contratos 730 de 2016 y 495 de 2017, hace referencia a la contratación de un **AUXILIAR DE ENFERMERIA** de **ATENCIÓN PREHOSPITALARIA** en el Hospital de Suba. (ff. 31 y 42).
9. Según Cláusula contractual, la ejecución del objeto contractual se hizo con bienes entregados por el Hospital y se prohibió la cesión o subcontratación (pag 66, 77 del PDF demanda)

10. El actor prestó sus servicios en turnos entre septiembre de 2016 a enero de 2017, conforme lo certifica el Referente de Servicios de Ambulancias APH y secundarias de la SUBRED, radicado 20172000012373 (ff. 15-23). Refiere no contar con documentos de programación anteriores al mes de agosto de 2016. (fl. 14). Igualmente prestó servicios por turnos de febrero a mayo del 2017 (pág 51 a 55 pdf demanda escaneada).
11. El señor **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO**, presentó derecho de petición ante la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, el día 11 de mayo de 2017, con radicado No. 20173210081312 solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral (ff. 3-8).
12. La Gerente de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**, dio respuesta a la petición negando la existencia de la relación laboral y la obligación de pago, oficio 20171100086161 fechado 2 de junio del 2017 (fl. 9).

- Prueba Testimonial

La señora Ana Rosalba Peña García indica conocer al demandante desde hace 20 años, cuando él trabajaba como auxiliar de ambulancias (excepcionalmente estaba en urgencias) y ella era jefe de enfermería de Urgencias, “trabajamos juntos desde el 2001 hasta el 2015 que fue el tiempo que trabajó en el Hospital de Suba”. Manifiesta que el demandante debía cumplir un horario de trabajo, cuyo control se hacía mediante libros de registros que se entregaban entre un turno y el otro, si se llegaba tarde se manejaba con llamadas de atención o si era reiterativo “de pronto la jornada no se pagaba”. Refiere que se hacían capacitaciones mensualmente con todas las dependencias tanto al personal de planta como a los contratistas. Que las herramientas de trabajo las entregaba el hospital y que recibían ordenes de sus jefes inmediatos. Agregó “no manejamos ninguna autonomía, había personal de planta y de contrato le consta por las programaciones que se hacían pues había listados publicados paralelos para el personal de planta y de contrato.”

Aseguró que era responsabilidad del demandante mantener la ambulancia en condiciones óptimas; que el radioperador le indicaba cuando recoger o buscar un paciente, que a su vez ellos recibían la orden del jefe del servicio, que para la época era el mismo coordinador pues no había jefe de urgencias. Aunque no conoce el manual de funciones que tenía el actor, afirma que existían protocolos muy estrictos y cuidadosos impartidos por la Secretaria de Salud”.

Finalmente refiere que también estuvo contratada por Servicios y Asesorías, pero no le consta que al demandante le hubiesen pagado prestaciones sociales.

Interrogatorio de Parte

El señor Ezequiel Alonso Castiblanco refiere que siempre estuvo vinculado como auxiliar de enfermería en la ambulancia o en el área de urgencias; que sus contratos de prestación de servicios se renovaban anualmente. Estaba encargado de la atención y traslado de pacientes en la ambulancia. Indica recibir todas las ordenes de la coordinación de enfermería, en esa época la coordinadora era la señora Nubia Pastran o el Doctor Cuello o el que estuviera de coordinador de urgencias. De los reconocimientos señaló que al cumplir los diez años le entregaron un prendedor o placa; que los llamados de atención eran por llegar tarde, faltar o no cumplir con el horario, ante lo cual se hacían descargos con el coordinador.

Sobre la relación que mantuvo con Servicios y Asesorías, refiere haber recibido los pagos mensuales y cesantías, pero no recuerda si se le hizo o no liquidación de prestaciones sociales.

3.3.1. Análisis de la relación existente

De acuerdo con el material probatorio se encuentra establecido que el señor Ezequiel Alonso Castiblanco se desempeñó en el Hospital de Suba bajo dos tipos de vinculación:

- PRIMER PERIODO: entre el 01 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016. Contratos de trabajo suscritos con la empresa temporal SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. El actor fue trabajador en misión en el Hospital de Suba, como auxiliar de enfermería principalmente prehospitario. En este periodo le fueron cancelados el valor de las prestaciones sociales y aportes a pensión con sueldo base de cotización de un salario mínimo.
- SEGUNDO PERIODO: entre el 20 de septiembre de 2000 al 28 de febrero de 2006 y del 01 de julio de 2016 al 31 de mayo de 2017, contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la Subred.

Como la naturaleza de estas vinculaciones es diferente, corresponde al Despacho: (i) Frente al primer periodo, establecer si las funciones que desempeñó el señor EZEQUIEL CASTIBLANCO eran susceptibles de ser contratadas por intermediación de la empresa temporal y, si en la planta de personal de la Subred existía un cargo con identidad de funciones a las desempeñadas por el actor, a efecto de poder equiparar las remuneraciones (ii) En el segundo período se analizará si en el desempeño de las funciones contratadas con la Subred, se configuraron los elementos que caracterizan una relación laboral.

CONTRATOS DE TRABAJO CON EMPRESAS TEMPORALES

El Decreto 1072 de 2015⁹ en el artículo 2.2.6.5.2 definió las empresas temporales en los siguientes términos: “Es empresa de servicios temporales 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.”

En el mismo Decreto en el artículo 2.2.6.5.6 se fijaron los casos en los que es procedente la contratación de personal por intermedio de las empresas temporales:

“Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo¹⁰.

⁹ Decreto 1072 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”

¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo **ARTICULO 6o. TRABAJO OCASIONAL.** Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del {empleador}.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

PARÁGRAFO. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

Conforme a lo anterior se observa que el contrato existente entre la empresa temporal y la empresa usuaria solo puede producirse en los casos previamente señalados. El uso de esta figura para vincular personal en misión que desborde las causales y los límites allí previstos contraviene la legalidad y legitimidad de este tipo de contratación.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, indicó:

"Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T."

De acuerdo con este marco normativo y jurisprudencial, el Despacho procede a resolver la pregunta inicialmente planteada. Esto es, si la labor de auxiliar de enfermería que desempeñó el actor podía ser contratada con una empresa de servicios temporales.

Previamente cabe anotar que, según certificado de existencia y representación de SERVICIOS Y ASESORIAS visto a folios 118 y 119 esta empresa ciertamente estaba autorizada para realizar contratación temporal de recurso humano.

La ESE contrató con SERVICIOS Y ASESORIAS la prestación del servicio de apoyo y refuerzo para el desarrollo, ejecución y cumplimiento de las actividades, asistenciales y administrativas del HOSPITAL DE SUBA II NIVEL E.S.E.

De acuerdo con las certificaciones aportadas por la Temporal "Servicios y Asesorías S.A.S." (ff. 25-30), el actor fue trabajador en misión en el Hospital de Suba entre 01 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016. Tiempo durante el cual cumplió siempre las funciones de auxiliar de enfermería principalmente en ambulancias. El demandante tuvo la vinculación de trabajador en misión en la SUBRED NORTE E.S.E., por intermedio de la empresa temporal por más de 9 años. La Labor fue desarrollada en los espacios de la empresa usuaria con materiales e insumos entregados por la E.S.E. así como asignación de turnos establecidos por la entidad

La empresa temporal cumplió con las obligaciones con el trabajador en misión en lo que respecta al pago de salarios y prestaciones sociales (folios 295 al 312).

La situación de hecho descrita desconoce la naturaleza y razón de ser de la intermediación de empresas temporales, por cuanto no obedeció a la necesidad de cubrir labores accidentales, ocasionales o transitorias. Adicionalmente se extralimitó el término de 12 meses, máximo permitido para este tipo de vinculación.

Ahora bien, en relación con la pregunta sobre equivalencia de funciones con el personal de planta, se tiene que, de acuerdo con los contratos de trabajo allegados al expediente, durante su vinculación con la E.S.T., el actor desempeñó los cargos de auxiliar de enfermería, auxiliar asistencial o administrativo II, auxiliar administrativo y finalmente auxiliar asistencial APH.

En su declaración de parte, el señor EZEQUIEL CASTIBLANCO refiere que estuvo vinculado como auxiliar de enfermería en ambulancia o en el área de urgencia. Por su parte, la testigo asegura que él siempre estuvo como auxiliar de ambulancia y excepcionalmente en urgencias.

Así las cosas, de acuerdo con el material probatorio no es posible establecer cuáles eran exactamente las funciones que desempeñaba el actor en sus cargos, salvo el de AUXILIAR DE ENFERMERIA APH. Este último porque fue el mismo que desarrolló en los contratos de prestación de servicio suscritos con la Subred de Salud Norte en el período 2016 – 2017. Las funciones contratadas fueron:

1. Realizar las actividades de enfermería pertinentes en el servicio de Atención pre hospitalaria.
2. Diligenciar los registros propios de la atención pre hospitalaria (registro clínico de traslado, autorización de traslado, diligenciamiento de los anexos soporte de historia clínica, formato de pertenencias de pacientes, formato de desistimiento de traslado, registro de pertenencia, bitácoras), anexos de soportes para cobros de eventos SOAT.
3. Aplicar los protocolos, procesos, procedimientos y guías del programa de Atención Pre hospitalaria.
4. Velar por el inventario físico y de insumos médico quirúrgico.
5. Realizar los pedidos ante la farmacia en forma oportuna.
6. Realizar la desafección parcial y terminal de las ambulancias
7. Realizar entrega de turno de acuerdo al procedimiento establecido.
8. Digitar en el módulo definido por la Dirección de urgencias y Emergencias de la Secretaria Distrital de Salud el 100% de los despachos realizados en el mes anterior, antes de los primeros cinco días calendario del mes siguiente.
9. Entregar las historias clínicas de traslados, formatos de anexos y bitácoras a la Coordinación de APH antes de los primeros cinco días calendario del mes siguiente de forma completa.
10. Realizar actividades de acuerdo con los lineamientos emitidos por el Centro Regulador de Urgencias de la SDS, mediante el cumplimiento de los Protocolos Distritales de Emergencias.
11. Entregar en facturación todas las Historias de traslado primario y/o secundario priorizado.
12. Manejo básico de la vía aérea, cánula de succión y aspiración, oxigenación.
13. Accesos venosos y aplicación de líquidos endovenosos.
14. Técnico de monitorización e inmovilización de pacientes según protocolos.
15. Evaluación, monitoreo y manejo inicial básico del paciente.
16. Aplicar principios de bioseguridad y asepsia en la ejecución de cualquier procedimiento relacionado con la atención del paciente.
17. Relación de elementos materiales probatorios y participación de la cadena de custodia.
18. Aplicar los protocolos de vigilancia epidemiológica de la Secretaria Distrital de Salud, realizar la notificación oportuna de los eventos en salud pública, así como los eventos adversos.
19. Cumplir con los estándares de calidad, protocolos y guías de manejo establecidas para el desarrollo de cada una de las actividades en la Unidad prestadora de salud de servicios manteniendo un grado de adherencia igual o mayor al 96%.
20. Prestar un servicio humanizado atendiendo los valores corporativos con calidad y calidez que garantice la satisfacción del usuario y dando respuesta en forma oportuna al cien por ciento a quejas reclamos y sugerencias.
21. Responder en forma inmediata a las solicitudes realizadas por el DUES.
22. Permitir al grupo de gestores operativos y al grupo de mejoramiento del DUES la revisión y verificación de los estándares de norma las veces que sean requeridos.
23. Porte completo del uniforme del programa de APH durante la prestación de servicio.
24. Porte permanente del carnet durante la prestación del servicio.
25. Asistir y participar en las reuniones, capacitaciones y espacios institucionales que se convoquen.

26. *Mantener una presentación personal adecuada: uniforme, uñas cortas sin esmaltes, cabellos recogidos, no uso de collares, anillos, pulsera, relojes.*

27. *Apoyar los diferentes servicios de la institución en el omento que se requieran.*

28. *Realizar las actividades, acorde a la programación institucional.*

Y demás actividades que le sean asignadas de acuerdo al objeto del contrato.

No obstante, no se pudo confrontar estas funciones con las específicas de un cargo de planta, por cuanto el actor omitió indicar con cuál debía realizarse la equivalencia. El Despacho solicitó de oficio el manual de funciones del cargo de auxiliar de enfermería o su análogo. En cumplimiento fue remitido el manual de funciones del cargo de auxiliar del área de la salud código 412 grado 17. Revisado, no se observó la identidad de funciones.

A pesar de lo anterior, no cabe duda de que, las funciones desempeñadas por el aquí demandante no fueron extrañas a las actividades normales del Hospital Suba, y por lo tanto la intermediación laboral fue ilegal. Por esa razón se reconocerá la existencia del contrato realidad en cabeza de la Subred. Hay que señalar que la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 del C.S.T. se invierte en este caso. Es decir, el obligado principal pasa a ser la empresa usuaria y no la empresa de servicios temporales. Así lo precisó Corte suprema de justicia en sentencia 69399 del 15 de agosto de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

«Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.

La infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contratos laboral a término indefinido, con derecho a todos los beneficios que su verdadero empleador (empresa usuaria) tiene previstos en favor de sus asalariados. A su vez debe tenerse a la empresa de servicios temporales como simple intermediaria, que, al no manifestar su calidad de tal, está obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones de aquella.»

Así las cosas, se condenará a la Subred Norte E.S.E. como responsable principal por el valor de los salarios y de las prestaciones que se declaren a favor del actor.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON LA SUBRED E.S.E.

Los elementos de la prestación personal del servicio y la remuneración no fueron cuestionados por la demandada. Frente a la subordinación, según jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹, en caso de los empleados asistenciales en el sector de la salud, existe una presunción de subordinación y cumplimiento de horario. Lo anterior por cuanto las funciones realizadas por ellos no se limitan a la coordinación entre las partes, sino que se hace necesario, el seguimiento de órdenes estrictas del personal médico.

Para determinar si se configuraron los elementos que permitan establecer si existió una relación laboral entre el señor Ezequiel Castiblanco y la SUBRED NORTE E.S.E.,

¹¹ Consejo de Estado sentencia 28202014 del 21 de abril de 2016.

en el periodo del 20 de septiembre del 2000 al 28 de febrero del 2006 y del 1 de julio del 2016 al 31 de mayo del 2017, se procederá a realizar el análisis de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional, 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 Norte E.S.E, tiene como misión la prestación de servicios de salud y el actor fue contratado para la realización de todas las actividades tendientes a la atención, manejo y seguimiento de los pacientes principalmente en la de aquellos que eran trasladados en la ambulancia.

Lo anterior permite concluir que las obligaciones que el demandante desempeñó siempre fueron de carácter misional.

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.

Como ya se indicó en el capítulo anterior, no fue posible establecer la equivalencia de funciones con personal de planta. Sin embargo, es claro que las desempeñadas por el actor fueron propias del giro misional de la entidad.

iii) *Criterio temporal o de habitualidad*

Este criterio exige que las funciones contratadas sean constantes y cotidianas, que conlleven el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor.

Está acreditado que el demandante desempeñó las mismas actividades durante el tiempo que fungió como Auxiliar de Enfermería entre los años 2000 a 2017 principalmente en la ambulancia atendiendo a los pacientes o en urgencias cuando así se disponía. Cumplió un horario de trabajo regularmente en turno nocturno (ff. 15-23) en horario de siete de la noche a las siete de la mañana, noche intermedia de domingo a domingo, según consta en el expediente y fue corroborado por la testigo.

iv) *Criterio de excepcionalidad y criterio de continuidad*

De acuerdo con las normas que rigen los contratos de prestación de servicios, ellos solo pueden suscribirse para el cumplimiento de actividades nuevas que no pueda 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: “la contratación de un AUXILIAR DE ENFERMERIA de ATENCIÓN PREHOSPITALARIA” 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 del actor se hizo con el objeto de suplir la falencia de planta de personal. Así quedó demostrado en los diferentes contratos aportados con el expediente administrativo en los que las justificaciones se realizaban así. “La inexistencia o insuficiencia del personal para dar cumplimiento a los procesos, subprocesos, proyectos y actividades de la institución”; “Que no existe personal la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, y el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio y/o aun existiendo el personal en la planta éste no sea suficiente” (fl.31). En la justificación de los contratos se reitera la falta de recurso humano para poder cumplir con las funciones del giro misional de los centros hospitalarios (ff. 31 y 42).

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 el demandante por más de 16 años para el desempeño de funciones propias y permanentes de la entidad,

En conclusión, como los objetos contractuales, funciones y tareas desplegadas por el señor EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO durante el período en que se extendió su vínculo contractual con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E, fueron propios o misionales de la entidad es claro que de ellos puede predicarse el elemento de permanencia en las funciones.

En consecuencia, habiéndose determinado la existencia de una relación laboral, se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20171100086161 de fecha 2 de junio de 2017, expedido por gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud NORTE E.S.E.

3.3.2. Del restablecimiento del derecho

Como quedó establecido, son dos los períodos y tipos de vinculación en las que se desempeñó el demandante, diferencias que determinan el restablecimiento en cada uno de ellos.

Durante el tiempo que se desempeñó como trabajador en misión.

En este período no estaba en discusión los elementos propios de una relación laboral porque la subordinación, remuneración y prestación personal del servicio fueron contratados por la E.S.T. a favor del Hospital de Suba. El litigio se centró en definir si la contratación con la empresa temporal era legítima y en caso de que no lo fuera, como en efecto se estableció, el restablecimiento corresponde al pago de los emolumentos propios de los empleados de planta cuya obligación recae principalmente en la Subred.

Como no fue posible hacer equivalencia de cargos, el Despacho ordenará pagar las diferencias de lo devengado por el actor como empleado en misión, con lo devengado por los empleados de planta que cumplan la labor de auxiliar de enfermería prehospitolaria en ambulancia para el periodo del 8 de mayo del 2015 al 30 de junio

del 2016. Ello por cuanto está probado en el expediente que dicho cargo era desempeñado también por personal de planta. Para el resto de tiempo se cancelará lo devengado en el cargo de auxiliar de enfermería o de la salud, de mas baja remuneración. Se debe tener en cuenta las prestaciones y aportes que le fueron cancelados como empleado de la empresa temporal. conforme a las pruebas aportadas en el periodo del 1 de marzo de 2006 al 30 de junio de 2016.

Lo anterior atendiendo lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 4326 de 2006 el cual establece:

“Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación”

Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales durante el tiempo que se mantuvo una relación laboral encubierta

Desvirtuado el contrato de prestación de servicios durante el período 20 de septiembre del 2000 al 28 de febrero del 2006 y 1 de julio del 2016 al 31 de mayo del 2017 a título de restablecimiento se cancelará al actor el salario y prestaciones sociales a las que tienen derecho los empleados de planta del Hospital de Suba sobre el valor de los honorarios pactados, siempre que estos no hayan sido menores a lo devengado por el auxiliar de la salud de planta que presta sus servicios prehospitalarios en ambulancia, por el tiempo que se desempeñó en dicha labor en el Hospital de Suba, esto es del 1 de julio del 2016 al 31 de mayo del 2017.

Frente a los contratos suscritos entre el 20 de septiembre del 2000 al 28 de febrero del 2006 no se cuenta con dichos documentos y por consiguiente no es posible establecer las funciones o cargo desempeñado, se ordenará reconocer como sueldo el devengado por el auxiliar de enfermería o de salud de más baja remuneración siempre y cuando el valor de honorarios pactados no sea superior.

El periodo del 1 de junio de 2017 al 30 del mismo mes y año, que también fue solicitado en la demanda, no fue acreditado probatoriamente.

Aportes a seguridad social en pensiones

Los aportes pensionales, respecto de los cuales no opera la figura de la prescripción, serán calculados con el valor antes señalado. La demandada deberá tomar el ingreso base de cotización pensional del demandante, dentro de la totalidad de periodos reconocidos como laborados, mes a mes. Si existe diferencia entre los aportes realizados por el contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo de pensiones, deberá cancelar la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En ese sentido, el demandante tendrá que acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones 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.

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, en aplicación al precedente fijado por el Consejo de Estado, en sentencia de 11 de noviembre de 2009¹².

Devolución de los descuentos por concepto de aportes a pensión y salud

La entidad deberá reembolsar a la actora el valor que esta pagó por cotizaciones, en el porcentaje que correspondía al empleador. Con prescripción de 3 años contados desde 11 de mayo del 2014

Indemnización moratoria

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.

Retención en la Fuente

No hay lugar a hacer devoluciones, teniendo en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado¹³ en forma reiterada:

“De otro lado, contrario a lo manifestado por el A quo, no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”.¹⁴

Cotizaciones a cajas de compensación

En el evento de que el accionante acredite haber realizado pagos a Caja de compensación, la entidad deberá realizarle la devolución de lo pagado, en los términos de prescripción que se declaran en este proceso.

3.4. PRESCRIPCION

El Despacho reitera lo señalado en la parte motiva de esta providencia. Léida la sentencia de unificación del 25 de agosto del 2016, no se observa que se haya establecido regla de unificación sobre la calificación de la sentencia como constitutiva o declarativa de derecho. Condición que conlleva a determinar si se predica o no la imprescriptibilidad cuando no hay solución de continuidad en los contratos.

¹² “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

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA, C.P. DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, EXPEDIENTE: 68001233100020090063601, número interno: 1230-2014, sentencia del 13 de mayo de 2015.

¹⁴ Ver Sentencia de 17 de noviembre de 2011 proferida por esta Subsección, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011).

Si bien, en dicho fallo no se aplicó prescripción alguna por el periodo en que se mantuvo la relación, a pesar de ser muy superior a los tres años contados desde la terminación del vínculo, este Despacho considera que esa decisión no es vinculante. Contrario sensu, debe aplicarse la sentencia C 916 del 2010 en la que la Corte Constitucional hizo el estudio del término prescriptivo de las obligaciones laborales.

De mantenerse la tesis contraria, corresponde justificar la naturaleza constitutiva y no declarativa de la decisión de reconocer la existencia de un contrato realidad.

Adicionalmente hay que tener en cuenta que la ley 962 del 2005, solo impone conservar documentos probatorios por el término de 10 años. Situación que hace de difícil o imposible prueba la determinación de lo adeudado.

Bajo estas consideraciones el Despacho declarará la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 17 de mayo de 2014.

En gracia de discusión el Despacho encuentra que en este caso no podría aplicarse la tesis de sentencia constitutiva de derechos frente al período que el actor se desempeñó como trabajador en misión. Ello si se tiene en cuenta que su condición de empleado jamás estuvo en cuestionamiento. Luego le asistía la obligación de reclamar sus derechos al término de la relación laboral, so pena de prescripción.

3.5. Aportes para pensión

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 por la empresa temporal, 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.

3.6. Indexación

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 CPACA¹⁵, 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.

3.7. Condena en costas

¹⁵ 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.”

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 Estado¹⁶

Habida cuenta que el actor 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 funcionamiento¹⁷.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo oficio No. 20171100086161 fechado 2 de junio del 2017, expedido por la gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

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

- **RECONOCER y PAGAR** al señor **EZEQUIEL ALONSO CASTIBLANCO** las prestaciones sociales a que tenga derecho, causadas con posterioridad al 17 de mayo de 2014 (por prescripción trienal). La liquidación debe hacerse conforme a la parte motiva de esta providencia.
- **LIQUIDAR y CONSIGNAR** al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el **ACTOR**, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por el actor y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta.
- **REEMBOLSAR** a la actora el valor pagado por las cotizaciones en el porcentaje que le correspondía al empleador conforme a la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la **PRESCRIPCIÓN** de los derechos causados con anterioridad al 17 de mayo 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 el demandante.

¹⁶ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

¹⁷ 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",

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 en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$877.803 M/CTE).

SÉPTIMO: DESTINAR los remanentes de lo consignado para gastos 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.

Decisión notificada en estrados

SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS APODERADOS INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN:

PARTE DEMANDANTE: INTERPONE Y SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE DEMANDADA: INTERPONE Y SUSTENTA EL RECURSO CONTRA LA DECISIÓN.

PARTE VINCULADA: : INTERPONE Y SUSTENTA EL RECURSO CONTRA LA DECISIÓN.

(queda registrado en la videograbación)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



ADRIANA ANDREA ALBARRACÍN BOHÓRQUEZ
SECRETARIA AD HOC