



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

RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2017-00453-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ELVIA IBÁÑEZ HERNANDEZ
**DEMANDADO: SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
SUR OCCIDENTE E.S.E.**

**AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA N° 428- 2020**

En Bogotá D.C. a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020) siendo las dos y 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, se constituyó en audiencia pública virtual en la plataforma Microsoft Teams la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE GARZON RIVERA, apoderado de la parte sustituye poder a la abogada SONIA ROCIO CASTRO GALVIS demandante identificada con cédula de ciudadanía No. 52.759.380 y T.P. 316.566 del C.S. de la J, el Despacho le reconoce personería jurídica.

PARTE DEMANDADA: NICOLAS RAMIRO VARGAS ARGUELLO, apoderado de la parte demandada identificado con cédula de ciudadanía No. 1.110.262. y T.P. 247.803 del C.S. de la J.

AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO: Fabio Andrés Castro Sanza.

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 del proceso.
2. Alegaciones Finales
3. Fallo

I. 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 concede el uso de la palabra a los

apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante:

La demandada:

Las alegaciones quedan en la videograbación.

2. FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

*Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre **ELVIA IBAÑEZ HERNANDEZ** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**, y de las pruebas recaudadas en el proceso 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.

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 acudirse 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 administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”⁶ (Resaltado fuera de texto)

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).

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

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han precisado que las empresas sociales del estado solo pueden vincular empleados mediante cooperativas de trabajo asociado para actividades que no sean de carácter permanente, o cuando estas no puedan ejecutarse por el personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

“Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que la vinculación no sea directa entre la entidad contratante y la persona contratista, sino que en ella medie un tercero, ya sea por efecto de la tercerización o de la intermediación laboral.

No obstante, tanto la Corte Constitucional como este órgano colegiado, en su calidad de Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, han sostenido, en el caso de las empresas sociales del Estado, la potestad de contratación a ellas conferida, para operar mediante terceros, sólo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.”⁷

Adicionalmente, la máxima Corporación Administrativa señaló que en los procesos en los que se persiga el reconocimiento de una relación laboral, no se debe vincular a las cooperativas de trabajo asociado.

“(…) cuando se debate un vínculo laboral entre una entidad pública y un empleado que le prestó sus servicios, por intermedio de una cooperativa de trabajo asociado, no debe admitirse la vinculación al proceso de esta última, ya sea bajo la modalidad del litisconsorcio necesario o del llamamiento en garantía, toda vez que el debate principal, esto es, la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales, se predican de la entidad pública que se benefició de las funciones desarrolladas por dicho trabajador y no existe una razón de orden legal o contractual que amerite la intervención de un tercero ajeno a tal debate”⁸.

Por lo anteriormente expuesto, mediante auto del 31 de octubre de 2019 este Despacho dispuso seguir adelante en el presente proceso solo contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.

3.2. Del caso concreto

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

- Prueba documental

1. La señora **ELVIA IBAÑEZ HERNANDEZ** se desempeñó en la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**, en el cargo de

⁷ Sentencia 5 de julio 2018, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00300-01(2396-16) Consejero William Hernández

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” Sentencia de 3 de febrero de 2020, Expediente No. 66001-23-33-000-2017-00269-01(2521-18), Magistrado Ponente: Rafel Francisco Suárez Vargas. En igual sentido puede consultarse la siguiente providencia de esa Corporación: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto de 13 de diciembre de 2019, C.P. Dr. William Hernández Gómez, radicado: 66001-23-33-000-2015-00052-01 (2506-2017).

AUXILIAR DE ENFERMERIA, en la Unidad de Pablo VI, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios:

# DE CONTRATO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL
708	22/07/2009	10/06/2010
1552	01/07/2010	31/12/2010
336	03/01/2011	30/06/2011
1345	01/07/2011	31/12/2011
372	02/01/2012	31/12/2012
369	02/01/2013	31/12/2013
425	02/01/2014	31/12/2014
414	02/01/2015	31/12/2015
1038	01/01/2016	25/11/2016
2-2444	26/11/2016	10/01/2017
2-2266	11/01/2017	31/07/2017
SO-1488	01/08/2017	31/01/2018

- 2. La señora **ELVIA IBAÑEZ HERNANDEZ**, presentó derecho de petición ante la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**, el día 11 de julio de 2017 solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las acreencias laborales (folios 6 a 11).
- 3. La jefe de Oficina Asesora Jurídica de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**, dio respuesta a la solicitud el 11 de julio de 2017 a través de oficio 625 de 26 de julio de 2017, recibido por el apoderado de la demandante el 31 de julio de 2017 (folios 12 a 15).
- 4. El 13 de octubre de 2017 fue radicada solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 4 Judicial II para Asuntos Administrativos de la Ciudad de Bogotá. (folio 16).
- 5. La audiencia de conciliación se realizó el 16 de noviembre de 2017 declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio de la entidad, y el acta se expidió 23 de noviembre de 2017 (folio 16-17).
- 6. La demanda se presentó el 15 de diciembre del 2017

-Prueba Testimonial

RUBY ESMERALDA BERNAL, manifiesta ser auxiliar de enfermería de planta en la Subred Sur Occidente desde 1997, y recuerda haber trabajado con la actora aproximadamente desde el año 2004. De las funciones que ejercía la demandante, señaló que eran: el cuidado del paciente, toma de signos vitales, atender al recién nacido, hacer las notas de enfermería y cumplir todas las ordenes que se recibían del médico. Adicionalmente las auxiliares de enfermería tenían un jefe del servicio. Informó que la actora estuvo la mayor parte del tiempo en ginecología y la declarante en urgencias y que en oportunidades compartieron servicios. De los horarios precisó que eran de estricto cumplimiento y que eran organizados por la líder en un organigrama, una de las líderes

era Amada Salinas. Señaló que todos debían hacer uso obligatorio del uniforme y portar el carnet que los identificara para la entrada y salida del hospital. Refiere tener conocimiento de que la señora Elvia Ibáñez era una “OPS” y sabía que les pagaban mensualmente igual que a todos. De los elementos de trabajo informa que el hospital entregaba todo lo que se necesitaba para atender al paciente.

MARIA DEL ROSARIO ROJAS VELASQUEZ, refiere conocer a la actora por haber trabajado con ella en el Hospital Pablo VI de Bosa desde el año 2006. Recuerda que la señora Elvia Ibáñez trabajaba en la sección de vacunación, después estuvo en sala de partos, urgencias, pediatría en donde se desempeñaba como auxiliar de enfermería. Que dentro de las actividades asignadas a la actora estaban: vacunar a los recién nacidos, dar educación a las maternas, dar información del recién nacido, asistencia al paciente, baño, canalización y todas las que le fueran asignadas según el servicio. Señaló que para solicitar permisos o hacer cambios de turno se debían diligenciar unos formatos con antelación y que la autorización la daba el líder del servicio, una de ellas era Amanda Salinas. Las líderes impartían las órdenes a las auxiliares, les asignaba su zona de trabajo y las actividades que debían realizar. De los elementos de trabajo refiere que el material como insumos y equipos hospitalarios los proporcionaba el hospital, pero los uniformes eran adquiridos de su propio pecunio; que el uniforme era de uso obligatorio y debía ser todo de color blanco, igualmente debían portar el carnet, que los identificaba como empleados del hospital, pues de no portarlo no les permitían el ingreso.

De los horarios precisó que se debían cumplir los turnos por ejemplo el de mañana era de las 6:45 a la 1 de la tarde; que para controlar estos horarios tenían que firmar una planilla al ingreso y a la salida. De la forma de pago indicó que se hacía de forma mensual mediante una cuenta de Bancolombia. Preciso que no laboró en el hospital con la actora durante ocho meses por cuanto la testigo tuvo que prestar atención extramural en la “ruta de la salud” y esto ocurrió aproximadamente en el año 2015.

MILENA LOPEZ, señaló conocer a la demandante por haber trabajado con ella desde el 2004 al 2017 en los servicios de ginecología, pediatría y urgencias en el Hospital Pablo VI. Refiere que la demandante prestó sus servicios de forma personal y que estaban sujetos a las órdenes impartidas por los líderes. Recuerda entre ellos al doctor Mendieta, Carolina Ramírez, Amanda Salinas y al doctor Camargo. Los coordinadores eran los encargados de realizar las tablas de los turnos y estas eran publicadas en las carteleras. De los horarios manifestó que la demandante generalmente estaba en el turno de la mañana que era de las 7 a la 1 de la tarde. Que para ausentarse requerían autorización del líder del servicio y que para ello se diligenciaba un formato.

Interrogatorio de Parte:

ELVIA IBAÑEZ HERNANDEZ. Refiere que trabajó en el Hospital Pablo VI de Bosa inicialmente mediante cooperativa de trabajo asociado Nusil salud C.T.A. Recuerda haber estado vinculada con esta cooperativa hasta el mes de julio 2009 aproximadamente, luego suscribió contratos por prestación de servicios con el Hospital. De las funciones como auxiliar de enfermería señaló que ella realizaba atención al paciente, canalizaba, hacía las notas de enfermería en el sistema, arreglaba la unidad y todo lo que le indicara el jefe del servicio. También prestó servicios extramurales aproximadamente por dos meses para el año 2004, los cuales consistían en ir de casa en casa revisando los esquemas de vacunación de los menores y vacunándolos si era necesario. Posteriormente siguió en vacunación en el centro de salud palestina y trabajó en los servicios de ginecología, pediatría y urgencias en el Hospital. Informó que en los servicios del Hospital todas las actividades debían ser sistematizadas. Que tenían jefes y coordinadores quienes impartían las directrices que ella cumplía. Finalmente refiere que era consciente que

firmaba contratos de prestación de servicios pero que si accedía a este tipo de contratación a pesar de no estar conforme era por necesidad económica.

Declaración Juramentada

La representante legal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., da respuesta a los cuestionamientos formulados por el apoderado de la actora en los siguientes términos:

Refiere que a la señora Elvia Ibáñez, no se le cancelaron acreencias laborales por cuanto su vinculación fue mediante prestación de servicios dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Resalta que durante la vinculación por prestación de servicios de la señora Elvia se presentaron interrupciones, y que la vinculación de la actora se dio por la necesidad de la entidad para prestar los servicios de salud para lo cual “requería de actividades como Auxiliar de enfermería donde el servicio se presta los 365 días del año, las 24 horas del día.”

Señala que a la contratista no se le puede dar el status de Auxiliar de enfermería teniendo en cuenta que para acceder a este cargo se debe cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 909 de 2004. Que en este entendido la contratación de la actora no tiene denominación de cargo alguno y que los servicios contratados, por su naturaleza, se debían prestar de manera personal.

En relación con los elementos e insumos de trabajo para la atención del paciente, refiere que según los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud, le corresponde a la entidad suministrarlos.

Finalmente, precisa que a la actora se le realizaban los pagos de forma fraccionada en mensualidades vencidas denominados honorarios, que eran cancelados previo al cumplimiento de las actividades contratadas.

3.2.1. Análisis de la relación existente

Los elementos de prestación personal del servicio y remuneración no fueron cuestionados por la entidad demandada.

Frente a la subordinación, 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 y el personal asistencial en el área de la salud no es autónomo en decidir el tiempo, modo y lugar en que se ejecutan sus actividades. Lo anterior sin perjuicio de que la entidad logre desvirtuar dicha subordinación

“(…) 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 (...)”⁹.

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,

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, 21 de abril de 2016.

iii) criterio temporal o de habitualidad, iv) criterio de excepcionalidad y v) criterio de continuidad.

PERMANENCIA DE FUNCIONES

Del material probatorio recaudado en el proceso se puede concluir lo siguiente:

Revisada la misión de la entidad demandada se observa que esta tiene como eje central la prestación de servicios de salud. Así mismo, que el objeto contractual al que se comprometió la actora fue el de desempeñar el cargo de Auxiliar de Enfermería. Esto es, actividades cotidianas y habituales en los establecimientos hospitalarios pues hacen parte de su giro misional.

En cuanto al criterio de igualdad entre las obligaciones contratadas y las funciones de un cargo de planta, aunque la actora no especificó el cargo equivalente en la planta de personal, el Despacho al consultar la página de la SUBRED¹⁰ encontró que la entidad cuenta con el cargo denominado auxiliar del área de la salud Código 412. Al hacer el estudio de los diferentes grados el Despacho observa que las actividades desempeñadas por la actora tienen mayor afinidad con las funciones esenciales del grado 12.

Las funciones del cargo de Auxiliar del área de la Salud Código 412 grado 12¹¹:

“1. Adelantar acciones para educar e informar a la comunidad respecto a derechos, deberes, planes programas, Modelo Integral de Atención en Salud y mecanismos de escucha del usuario, valores agregados de la institución, mecanismos de participación social y portafolio de servicios, según protocolos establecidos y la normatividad legal vigente.

2. Apoyar los procesos de recolección, digitación y sistematización de la información de la Oficina y atender las solicitudes del cliente interno y externo, según el procedimiento establecido.

3. Verificar la documentación requerida de los usuarios de acuerdo con el régimen y la entidad a la cual se encuentren afiliados.

4. Apoyar las actividades de promoción y prevención definidas en el Modelo Integral de Atención en Salud, de acuerdo con los derechos, deberes del usuario y normatividad legal vigente.

5. Efectuar la aplicación de encuestas de necesidades en la prestación del servicio, expectativas satisfacción de los usuarios con respecto al Modelo Integral de Atención en Salud.

6. Realizar el análisis del tipo de aseguramiento de los usuarios con el fin facilitar el trámite que requiera y clasificación requerida para su acceso a los servicios, de acuerdo con las políticas del sector y el Modelo Integral de Atención en Salud.

7. Desarrollar las estrategias de gestión local y participación social con los diferentes actores locales y distritales, con el fin de garantizar la pertinencia y efectividad de las intervenciones en salud.

8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.”

Comparadas las actividades antes transcritas y las pactadas en los diferentes contratos¹² suscritos por la actora con la Subred, se tiene que las obligaciones de educar a la comunidad en aspectos como promoción, tratamiento y atención de los problemas más

¹⁰<https://www.subredsuroccidente.gov.co/sites/default/files/documentos/Plan-de-cargos-septiembre-2019.pdf?width=800&height=800&iframe=true>

¹¹ Acuerdo 55 de 2019 "Por el cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E."

¹² Expediente Administrativo archivo "02 HV Elvia Ibáñez Hernández" folios 54,59,71,79,92,99,102,107,113 y 120.

recurrentes en la salud, entrevistar y preparar a los pacientes de acuerdo al servicio que va a ser recibido y participar en las acciones de vigilancia epidemiológica, demuestran la existencia del criterio de identidad entre las obligaciones contratadas y las funciones del cargo en cita.

Estas funciones fueron corroboradas por las testigos RUBY ESMERALDA BERNAL, MARIA DEL ROSARIO ROJAS VELASQUEZ Y MILENA LOPEZ quienes fueron compañeras de trabajo de la actora en diferentes tiempos entre los años de 2004 al 2017 y especificaron las actividades realizadas por la demandante como auxiliar de enfermería, así como los lugares o “servicios” en que ejecutó dichas actividades. Se resalta de las declaraciones, la de la señora Ruby Bernal quien en su calidad de auxiliar de enfermería de planta del Hospital Pablo VI de Bosa hoy Subred Sur Occidente precisó que las actividades desempeñadas por la actora eran las mismas desempeñadas por el personal de planta.

De otra parte de la documental aportada se puede establecer que La SUBRED SUR OCCIDENTE suscribió con la actora sucesivos contratos desde el 3 de mayo de 2004 , sin presentar interrupciones. Durante el tiempo que la actora prestó sus servicios en el centro hospitalario, se observa que durante el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 2004 y 9 de julio de 2009 la vinculación se realizó mediante la cooperativa de trabajo Nusil Salud C.T.A, tal y como lo certifica dicha cooperativa¹³. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia del Consejo de Estado, es la entidad que fue beneficiaria del servicio la llamada a asumir las responsabilidades frente al actor.

La justificación de los contratos se realizó indicando la insuficiencia de personal para prestar los servicios de la SUBRED. Esta justificación es contraria 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. Dicha Corporación al modular la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011¹⁴, 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.

Para el presente caso la transitoriedad no se cumplió, contrario a la finalidad de una relación contractual, la entidad suscribió sucesivos contratos con la demandante por más de 12 años para el desempeño de funciones propias y permanentes, como se evidencia de la documental aportada y que es confirmada por el representante de la SUBRED quien en la declaración juramentada expresó “(...) el origen de la suscripción del contrato de prestación de servicios objeto de la vinculación de la demandante con la entidad que represento, se dio por prestación de servicios con ocasión de la necesidad del servicio, estos es Prestadora de Servicios de Salud, para lo cual se requería actividades como Auxiliar de enfermería, donde el servicio se presta los 365 días de año las 24 horas del día”

En síntesis, como los objetos contractuales, justificación y tareas desplegadas por la señora Elvia Ibáñez Hernández durante el período en que se extendió su vínculo contractual con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E, fueron propios o misionales de la entidad es claro que de ellos puede predicarse el elemento de permanencia en las funciones.

¹³ Certificación Expedida por la Cooperativa Nusil Salud C.T.A. folios 131-134

¹⁴ Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

En consecuencia, habiéndose determinado la permanencia de funciones de la demandante y teniendo en cuenta que la presunción de subordinación no fue desvirtuada por la aquí accionada, esta censora procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 625 de 26 de julio de 2017, expedido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

3.4. Del restablecimiento del derecho

Frente al restablecimiento y teniendo en cuenta la equivalencia de cargo determinada por el Despacho en comparación con el cargo de planta Auxiliar del área de la Salud Código 412 grado 12, se ordenará el restablecimiento del derecho conforme a la asignación y factores salariales propios de dicho cargo, siempre y cuando los honorarios pactados no sean superiores. Lo anterior para el periodo comprendido entre el 03 de mayo de 2004 al 31 de enero de 2018.

Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales

A título de restablecimiento se cancelará a la actora las prestaciones sociales a las que tiene derecho el cargo de Auxiliar del Área de la Salud Código 412 grado 12 según la fecha de la ejecución de los contratos, descontado de las condenas las interrupciones mayores a 15 días.

De lo adeudado, se descontará lo pagado por prestaciones, si se comprueba que, en el período a cancelar, la Cooperativa de Trabajo realizó el respectivo pago a la actora.

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 de la demandante, dentro de la totalidad de periodos reconocidos como laborados, mes a mes. Si existe diferencia entre los aportes realizados por la contratista y los que se debieron cotizar al respectivo fondo de pensiones, cancelará la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En ese sentido, la 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.

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. Al respecto debe cancelarle, por prescripción trienal, el periodo comprendido entre el 11 de julio de 2014 al 11 de julio de 2017 fecha en que presentó la reclamación.

Indemnización moratoria y daños morales

Las pretensiones de indemnizaciones, 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 percibirlas. En igual

sentido no tiene vocación a prosperar la solicitud de indemnización por daños morales a la demandante por cuanto dichos daños no fueron acreditados en el proceso.

Retención en la Fuente

No hay lugar a hacer devoluciones, teniendo en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado¹⁵ 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”.¹⁶

Cotizaciones a cajas de compensación

En el evento de que la accionante acredite haber realizado pagos a Caja de compensación, la entidad deberá realizarle la devolución de lo pagado, en los términos de prescripción trienal contados desde la presentación de la reclamación.

PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD

Este Despacho viene señalando las razones por las cuales la prescripción de las prestaciones sociales y salariales debe operar en el término de tres años contados desde la fecha en que se solicita su reconocimiento, independientemente de que exista o no solución de continuidad en la ejecución de los contratos por los que se reclama.

Cita al respecto a la Corte Constitucional en Sentencias C-072 de 1994 y C-916 de 2010; las sentencias de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL3169-2014, y SL753-2020 sobre la impropiedad del uso del término “sentencia constitutiva” en la que se sustenta la tesis del Consejo de Estado para argumentar la imprescriptibilidad del derecho cuando no ha operado solución de continuidad.

Igualmente ha realizado el estudio de las reglas fijadas en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2016 advirtiendo que no existe ninguna relacionada con la imprescriptibilidad de prestaciones económicas diferentes a las de los aportes para seguridad social.

Ha explicado la razón por la cual a pesar de ser conexas las pretensiones de reconocimiento de prestaciones sociales y pensionales, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cada una de ellas debe cumplir los requisitos de procedibilidad para poder ser reclamadas judicialmente, y su término de prescripción es independiente.

Finalmente ha hecho un análisis de derecho comparado y advertido los problemas probatorios para poder dar cumplimiento a las sentencias, en razón a que las entidades, por ley, no cuentan con archivo superior a 10 años.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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).

No obstante, puesto en la tarea de revisar los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Cundinamarca y del Consejo de Estado, debe reconocer que en este momento se ha adoptado como línea uniforme la tesis de la imprescriptibilidad de derechos cuando no se ha presentado solución de continuidad.

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 cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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 CPACA¹⁷, 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.

3.5. 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 Estado¹⁸

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 funcionamiento¹⁹.

¹⁷ 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.”

¹⁸ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

¹⁹ 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”,

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. 625 de 26 de julio de 2017, expedido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

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

- **RECONOCER** y **PAGAR** a la señora **ELVIA IBAÑEZ HERNANDEZ** las prestaciones sociales a que tenga derecho, en el periodo comprendido entre el 03 de mayo de 2004 al 31 de enero de 2018, conforme a la parte motiva de esta providencia.
- **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.
- **REEMBOLSAR** a la actora el valor pagado por las cotizaciones en el porcentaje que le correspondía al empleador, con prescripción de tres años, conforme a la parte motiva.

TERCERO: 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.

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

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: 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.

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

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

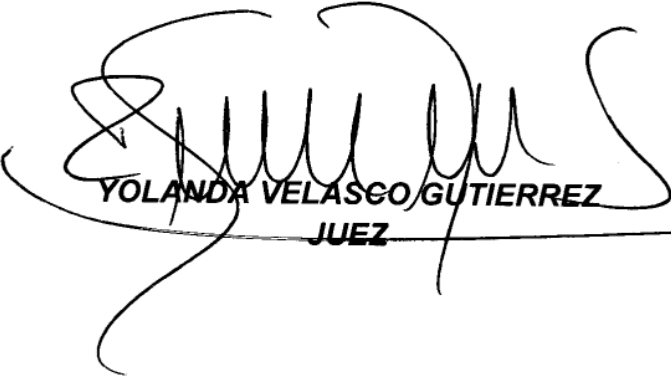
SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS APODERADOS INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN:

PARTE DEMANDANTE: INTERPONE RECURSO Y LO SUSTENTARA EN EL TERMINO DE LEY

PARTE DEMANDADA: INTERPONE RECURSO Y LO SUSTENTARA EN EL TERMINO DE LEY

(queda registrado en la videograbación)

La Señora Juez reitera a las partes la posibilidad de interponer recurso de apelación, modificar o adicionarlo por escrito dentro del término de legal.



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



ADRIANA ANDREA ALBARRACÍN BOHÓRQUEZ
SECRETARIA AD HOC