



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

PROCESO : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
RADICADO : **11001-3335-012-2018-00625-00**
DEMANDANTE: **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ**
DEMANDADO: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E.S.E.**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ACTA N° 127- 2021**

En Bogotá D.C. a los diez (10) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021) siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc, se constituyó en audiencia pública en la sala de audiencia virtual en la plataforma Lifesize, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: **ANDRES FELIPE LOBO PLATA**, apoderado de la parte demandante, sustituye poder al abogado **CESAR JULIAN VIATELA MARTINEZ** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.016.045.712 y T.P. 246.931 del C.S. de la J., el Despacho le reconoce personería jurídica.

La parte demandada: **ANGELA MARIA LOPEZ FERREIRA** identificada con cedula de ciudadanía 1.020.804.012 y portadora de la T.P. 298.222 del C.S. de la J.

Una vez revisados los antecedentes los apoderados no presentan impedimentos para actuar.

Ministerio Público: 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. fallo

1. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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 no advierten irregularidades y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

2. FALLO

PROBLEMA JURIDICO

*Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** y de las pruebas recaudadas en el proceso se puede establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.*

CONSIDERACIONES

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.

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.

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

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*

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).

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)

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,

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

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

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 predicán 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.

3.2. Del caso concreto

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

Prueba Documental

*El señor **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ** se desempeñó en la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, en el cargo de **OPTOMETRA**, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios certificados por la entidad (ff. 42-44):*

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN
074-2003	12/03/2003	31/07/2003
2015-2003	1/08/2003	31/08/2003
885-2004	2/11/2004	31/12/2004
308-2005	1/01/2005	30/06/2005
987-2005	2/07/2005	31/07/2005
1399-2005	2/08/2005	31/08/2005
277-2006	1/01/2006	31/01/2006
836-2006	2/02/2006	28/02/2006
58-2007	2/01/2007	28/02/2007
396-2007	1/03/2007	30/06/2007
1118-2007	1/07/2007	31/08/2007
1720-2007	1/09/2007	30/09/2007
2414-2007	1/10/2007	31/10/2007
706-2010	1/04/2010	31/07/2010
1318-2010	1/08/2010	30/09/2010
2620-2010	1/10/2010	31/10/2010
3399-2010	1/11/2010	30/11/2010

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).

3838-2010	16/12/2010	31/12/2010
55-2011	1/01/2011	31/01/2011
804-2011	1/02/2011	31/05/2011
1675-2011	1/06/2011	30/09/2011
2794-2011	1/10/2011	31/10/2011
3459-2011	1/11/2011	30/11/2011
4337-2011	1/12/2011	31/01/2012
979-2012	1/02/2012	30/09/2012
3746-2012	1/10/2012	31/01/2013
249-2013	02/01/2013	31/05/2013
1338-2013	01/6/2013	31/01/2014
204-2014	04/02/2014	31/12/2014
734-2015	15/01/2015	30/04/2015
1460-2015	4/05/2015	31/12/2015
49-2016	4/01/2016	31/01/2016

De los contratos celebrados entre el demandante y la hoy Subred Sur, se debe precisar lo siguiente:

- *A pesar de haberse solicitado la totalidad del expediente administrativo, la entidad no aporta los contratos celebrados entre los periodos de septiembre a diciembre de 2005 y de marzo a diciembre de 2006. Sin embargo, de los certificados de pagos⁹ realizados por la entidad al actor, se puede establecer que durante estos periodos el demandante prestó sus servicios como óptometra.*
- *Del periodo comprendido entre el 01 de noviembre de 2007 al 15 de junio de 2009, la prestación de los servicios se realizó mediante cooperativa de trabajo, según certificación expedida por la misma cooperativa¹⁰.*

La justificación para celebrar estos contratos de prestación de servicios se realizó bajo los siguientes términos:

Los contratos 885-2004; 897-2005 y 836-2010 “Que el hospital requiere de la ejecución de actividades medico de consulta externa, en el área asistencial, dado que la planta de personal existente no alcanza a cubrir la totalidad de los servicios requeridos y necesarios para el óptimo funcionamiento y el cumplimiento de la misión, la visión y el requeridos y el objeto social.”

Contrato 1338-2013 “EL HOSPITAL DE USME I NIVEL E.S.E DEBIDO A QUE NO CUENTA CON EL PERSONAL DE PLANTA SUFICIENTE PARA SUPLIR LAS NECESIDADES EN EL SERVICIO DE SALUD SE REQUIERE CELEBRAR CON PERSONAS NATURALES, CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS

⁹ Expediente administrativo- archivo “ANDREY GIOVANNY VALES (1).PDF” (ff.341-344)

¹⁰ Expediente administrativo- archivo “ANDREY GIOVANNY VALES (1).PDF” (Fl.172)

*El objeto contractual de los contratos hace referencia a la contratación de un **OPTOMETRA** para consulta externa.*

De los contratos se extrae las siguientes funciones específicas del cargo:

- *Suministrar los servicios de profesional médico de consulta externa, en optometría aportando sus calidades humanas y profesional para realizar actividades:*
- *Atención profesional medica en el área de consulta externa: optometría para los usuarios que requieran el servicio.*
- *Diligenciamiento correcto y oportuno de los rips que genere el servicio.*
- *Diligenciamiento correcto y oportuno de la Historia Clínica*
- *Participar en programas de Educación en salud dirigido a un grupo de acuerdo a la especialidad en que se ejecuten los servicios.*
- *Contribuir con los procesos de programación de actividades intra y extra murales de promoción, prevención y divulgación de servicios que presta la entidad.*
- *Conocer y manejar los procesos de referencia y contrarreferencia del sistema general de seguridad social en salud, haciendo un manejo eficiente y efectivo en los procesos de consulta, diagnóstico, tratamiento, evaluaciones pertinentes y suficientes, dejando las respectivas anotaciones en las correspondientes historias clínicas las que deben ser claras, expresas, precisas, completas, legibles y debidamente suscritas, de acuerdo con los servicios prestados en cada caso.*
- *Registrar la información pertinente de acuerdo al servicio ejecutado, rendir los informes requeridos por el Hospital, de acuerdo a las directrices e indicaciones dadas; registrar diariamente los RIPS.*
- *Reintegrar al hospital la totalidad de los valores glosados por los entes a los que este vende los servicios básicos de salud, siempre que este hecho sea por negligencia, culpa, incluso leve, imputable al contratista.*
- *Presentar las cuentas de cobro previos al pago.*
- *El contratista autoriza y permite en todo momento y circunstancia al hospital la facultad de impartir directrices para la ejecución adecuada del servicio contratado, así como todas aquellas que le faciliten a la entidad ejercer la supervisión de las actividades realizadas por el personal delegado para el cumplimiento del objeto contractual y su ubicación; de igual forma el contratista se responsabiliza de mantener la prestación continua del servicio.*
- *Responder por los bienes dispuestos para la realización de sus actividades.*

*El señor **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ**, presentó derecho de petición ante la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, el día 14 de septiembre de 2018, con radicado No. 201803510167122 solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral (ff. 31-34).*

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, dio respuesta a la petición negando la existencia de la relación laboral y la obligación de pago al señor **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ** mediante el oficio OJU -E-2773-2018 radicado No. 201803510105203 fechado del 20 de septiembre de 2018 (ff. 39-41).

El demandante radico solicitud de conciliación el 9 de octubre de 2018 y fue asignada a la Procuraduría 196 Judicial I para asuntos administrativos, la cual por acta del 13 de noviembre de 2018 la declaro fallida por falta de ánimo conciliatorio de la entidad.

Prueba Testimonial

Reinaldo Boada Mojica

Refiere haber trabajado entre los años 2003 al 2013 mediante contratos de prestación de servicios en el Hospital de Usme donde compartió puesto de trabajo con el demandante. Frente al horario, manifiesta que todo el personal debía cumplirlo de 7 la mañana a las 5 de la tarde, de lunes a viernes y que era controlado mediante la agenda de consultas que se les asignaba por el centro de servicios del hospital. Informa que los pagos eran mensuales por medio de una cuenta de nómina. Señaló que en caso de permisos el conducto regular era solicitarlo al jefe del centro, quien decidía sobre su autorización; este jefe también coordinaba todas las reuniones en donde asistía el personal de planta y contratistas; allí se impartían las directrices, los protocolos de cómo cumplir sus actividades, se realizaban capacitaciones en temas de calidad y la prevención de la salud en el trabajo, entre otros.

Sostuvo que las actividades eran desempeñadas directamente en las instalaciones de la entidad y que se les asignaba un consultorio para ejercer sus funciones. Le consta que el actor tenía los equipos para hacer los exámenes visuales y que eran de custodia del centro. Precisa que había un optómetra de planta que cumplía las mismas funciones que el doctor Andrey, pero no recuerda su nombre o en que tiempo salió del hospital. Finalmente declara que la vinculación era directamente con el hospital, que en alguna oportunidad firmaron contratos a través de una temporal por disposición del Hospital pero que el contacto con esa temporal se limitaba solo a la firma del contrato o del otrosí. No le consta que al actor se le haya adelantado procesos disciplinarios o que tuviera personal a cargo.

Yasmin Aldana Perdomo

Señala haber trabajado con el demandante en la UPA Marichuela del Hospital de Usme entre los años 2010 al 2015. Refiere que el jefe inmediato en ese tiempo era la Dra. Siachoque, encargada del centro, pero que los supervisores de contratos fueron varios, los cuales recibían las directrices directamente de la mencionada

doctora. Las reuniones se organizaban con todo el personal del centro, y en ellas se hacía énfasis en aspectos como el cumplimiento del horario, el cual era entre las 7 de la mañana y las 5 de la tarde de lunes a viernes; en el uso de uniforme, y en el deber de portar el carnet. El Hospital de Usme les suministraba una bata que debían portar y tenía el logo del Hospital. La asistencia a dichas reuniones era de carácter obligatorio, la inasistencia podía acarrear descuentos. Informa que el jefe de cada centro siempre estaba verificando que el personal llegara a tiempo y se cumpliera con las agendas programadas. Del personal de planta sostiene que realizaba las mismas funciones que el demandante y que había un optómetra de planta llamado Guillermo quien también debía hacer presencia en otros centros del Hospital.

Manifiesta que los pagos se realizaban por consignación bancaria y que era el hospital de Usme el que les suministraba las herramientas de trabajo. Por ejemplo, al actor le entregaban todos los equipos para realizar los exámenes visuales. De los permisos informó que se debían solicitar con anticipación con la doctora Constanza Siachoque. No le consta que contra el demandante se hubiesen adelantado procesos disciplinarios o sancionatorios.

Frente a esta testigo, la apoderada de la entidad formuló la tacha consagrada en el art. 211 de CGP, por considerar que tiene interés debido al precedente horizontal que se llegue a generar y que serviría de referente en el trámite judicial que ella adelanta por circunstancias similares. La testigo informó que el aquí demandante no es testigo en su proceso. Al respecto, el Despacho advierte que la declaración se tendrá en cuenta en la medida en que sea consonante con las demás pruebas allegadas al proceso.

Interrogatorio de parte:

Andrey Giovanni: Manifiesta que siempre estuvo vinculado con el hospital tiempo completo, cumplió horario de lunes a viernes de las 7 de la mañana a las 5 de la tarde. Refiere que no prestó sus servicios a entidades diferentes del Hospital y que la entidad contaba con cuatro optómetras, uno era de planta, pero como no podía atender todos los centros, razón por la cual los cuatro contratistas era distribuidos en las diferentes UPAS del hospital.

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

Análisis de la relación existente

Comoquiera que la prestación personal del servicio y la remuneración, son elementos comunes para las vinculaciones mediante contrato de prestación de servicio y relación laboral, no se ahondará en ellos. Se hará énfasis en la subordinación, elemento diferenciador entre estos dos tipos de vinculación,

La Subordinación

Aunque se esté frente a un contrato de prestación de servicios de un optómetra, no puede descartarse la existencia de una relación laboral por el hecho de la autonomía que ostenta el personal médico, que, en relación con sus conocimientos científicos, no está supeditada a recibir órdenes de un superior. La subordinación puede configurarse en otros aspectos, como los administrativos; horario y ordenes inherentes al cumplimiento de sus obligaciones. En esas condiciones el Despacho procede a realizar el examen probatorio para resolver si se configuró una relación laboral en el asunto demandado.

- 1. Tiempo De Servicio:** *el señor ANDREY GIOVANNY VALDES, suscribió contratos de prestación de servicios entre los años 2003 al 2016. De la documental aportada se evidencia que durante el periodo comprendido entre 01 de noviembre de 2007 al 15 de junio de 2009 prestó servicios mediante cooperativas de trabajo asociado para el Hospital de Usme hoy Subred Sur E.S.E. El Despacho pudo establecer igualmente que para los periodos de septiembre a diciembre de 2005 y marzo a diciembre de 2006, se realizaron pagos al actor por conceptos de OP como quedó señalado en los certificados de pagos¹¹ expedido por la entidad.*

La prueba testimonial fue coincidente al precisar que el señor Valdés Ramírez se desempeñó como OPTOMETRA en el Hospital de Usme principalmente en la UPA Marichuela, donde compartió unidad de trabajo con los testigos Reinaldo Boada Mojica y Yasmin Aldana Perdomo quienes, como consta en la certificación¹² expedida por la entidad, se desempeñaron en la subred sur entre los años 2003 al 2018 y del 2010 al 2020 respectivamente.

- 2. Cumplimiento De Horario:**

Según lo indicado por los testigos y el actor el hospital mantenía una franja de atención de 7 de la mañana a 5 de la tarde y utilizaba como mecanismo de control del cumplimiento del horario la programación de citas. Las citas no eran programadas libremente por el profesional, sino por el área asignada para ello. Observa el Despacho frente al cumplimiento de horario que una de las obligaciones específicas del contrato del actor era que “el contratista se responsabiliza de mantener la prestación continua del servicio”, lo que corrobora que no eran facultativos los horarios de atención por parte del profesional.

- 3. Cumplimiento De Ordenes:** *Como se indicó inicialmente, la subordinación de los profesionales, particularmente en el sector de la salud, no se entiende*

¹¹ Expediente administrativo- archivo “ANDREY GIOVANNY VALES (1).PDF” (ff.341-344)

¹² Oficio CO- FT 475-2021 radicado 202103510029123 del 15 de abril de 2021 (Expediente administrativo- archivo “ANDREY GIOVANNY VALES -fusionado ff. 2-5)

como las órdenes frente a la aplicación de sus conocimientos científicos, sino frente a las acciones administrativas.

Del material probatorio analizado se tiene que el actor, estaba supeditado al cumplimiento de horario y citas asignadas, En cuanto a las actividades administrativas debía contribuir con los procesos de programación de actividades intra y extramurales de promoción, prevención y divulgación de servicios que presta la entidad; realizar el plan de necesidades del servicio, al igual que lo hacía el personal de planta.

Al respecto, el señor Boada Mojica quien se desempeñó en el cargo de Psicólogo afirmó que como integrantes de la misma UPA el accionante y él tenían los mismos coordinadores de centro y seguían las directrices que estos impartían para todo el personal sin distinción por el tipo de vinculación.

Sobre la subordinación la apoderada de la entidad en sus alegatos refirió que este elemento no se configuró. Fundamenta su afirmación en los siguientes argumentos: i) que como consta en el plenario el demandante prestó sus servicios al Hospital en tiempos parciales en turnos de cuatro y seis horas por tanto no es cierto que siempre atendiera en horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde, ii) Que contrario a lo manifestado por el demandante se puede evidenciar que prestó sus servicios en “ópticas” simultáneamente durante algunos periodos en el tiempo que reclama la relación laboral con el Hospital, iii) que no hay forma que el testigo Boada pueda constarle que el actor era sujeto de ordenes cuando este afirmó que el demandante estuvo prestando sus servicios en otros centros y iv) Que el actor presentaba cuentas de cobro según el número de exámenes ópticos realizados.

Frente a estos pronunciamientos el Despacho debe precisar que para los empleados públicos que cumplen funciones en el campo médico - asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, el artículo 2 de la Ley 269 de 1996¹³ determina que su jornada máxima podrá ser de 12 horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas, pero únicamente para aquellas personas que tengan más de una vinculación con el Estado¹⁴. Estas circunstancias especiales para el personal médico – asistencial permiten a las Empresas Sociales del Estado contratar con tiempos de servicios diferenciales en aras de garantizar la prestación del servicio de salud conforme a sus necesidades.

Aunado a lo anterior, no existe inhabilidad o incompatibilidad para que el personal médico - asistencial que ejerza un empleo público realice sus actividades en el sector privado simultáneamente con el ejercicio del respectivo cargo o función pública. Lo anterior siempre y cuando se realice en horas no laborables; en caso contrario, se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario.

¹³ “Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.”

¹⁴ “Corte Constitucional en Sentencia C-206 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, sobre la aplicación de la Ley 269 de 1996”

Situación que no se evidencia en el caso de autos por cuanto está probada la prestación personal del servicio por parte del actor.

Del testimonio del señor Reinaldo Boada corresponde al Despacho, en ejercicio de las facultades de la sana crítica, establecer su mayor o menor credibilidad. Como quiera que en este caso se está analizando la primacía de la realidad sobre las formas, es precisamente el testimonio, como medio probatorio, el que permite al juzgador adquirir el convencimiento sobre las particularidades en que prestó los servicios una persona natural y dan lugar a la reclamación judicial. El testimonio del señor Boada fue claro en indicar que, aunque no eran de la misma profesión compartía con el demandante la mayor parte del tiempo en el mismo centro “Marichuela”; que al tener consultorios continuos podían evidenciar las acciones del otro y que compartían directrices del director de centro de servicios, situaciones que permiten hablar de la cotidianidad de las actividades de compañeros de trabajo. Lo anterior fue confirmado con la certificación expedida por la entidad, en la que se señala que efectivamente el testigo Boada se desempeñó desde el año 2003 al 2018 en el Hospital de Usme.

Por último, frente al argumento de que el actor realizaba cuentas de cobro según el número de exámenes optométricos realizados, los reportes de los pagos expedidos por la subdirección financiera¹⁵ de la Entidad, señalan que los pagos eran correspondientes al valor mensual de los contratos firmados y no al número de exámenes realizados. Si bien en cierto, realizar esos exámenes hacia parte de las obligaciones del actor, no hay prueba que indique que los honorarios eran proporcionales al número de exámenes visuales realizados por el demandante.

PERMANENCIA DE FUNCIONES

Atendiendo el objeto misional de la Subred Sur y el objeto del contrato celebrado con el demandante, encuentra el Despacho que las funciones desempeñadas por esta son propias del giro misional de la entidad. Esta afirmación se hace con fundamento en el manual de servicios¹⁶ que oferta la entidad del cual hace parte el servicio de optometría. Específicamente la entidad lo oferta en el Hospital de Usme y las UPAS de este centro, como es el caso de la “Marichuela” lugar donde principalmente se desempeñó el demandante durante su relación con la demandada.

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. De los diferentes contratos aportados se advierte que la justificación fue “Que el hospital requiere de la ejecución de actividades

¹⁵ Expediente administrativo- archivo “ANDREY GIOVANNY VALES (1).PDF” (ff.341-344)

¹⁶<https://www.usme.com.co/item/upa-la-marichuela/>

medico de consulta externa, en el área asistencial, dado que la planta de personal existente no alcanza a cubrir la totalidad de los servicios requeridos y necesarios para el óptimo funcionamiento y el cumplimiento de la misión, la visión y el objeto social." conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997 la insuficiencia de personal no puede convertirse en una autorización para contratar permanentemente funciones del giro misional de las entidades.

Para el caso en concreto, las actividades como optómetra ejercida por el demandante era un cargo necesario para desarrollar la misionalidad de la entidad. Tan cierto es, que la justificación de los contratos señala la insuficiencia del personal de planta para atender la necesidades y servicios del Hospital. Así mismo, de la testimonial se logró establecer que la entidad contaba con un profesional de planta que cumplía las mismas funciones que el actor. Quedó establecido que, la relación entre el personal de planta y por contrato de prestación de servicios era de uno a tres¹⁷, situación que, ciertamente, evidencia la insuficiencia del Hospital para atender las necesidades del servicio. Aunado a lo anterior se precisa que de la documental aportada en el proceso se encontraron actas¹⁸ de entrega de inventarios de material a cargo de demandante como equipos médicos y elementos de oficina.

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 10 años para el desempeño de funciones propias y permanentes de la entidad, como se evidencia de los contratos aportados.

En síntesis, como los objetos contractuales, funciones y tareas desplegadas por el señor ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ durante el período en que se extendió su vínculo contractual con la SUBRED INTEGRADAS DE SERVICIOS DE SALUD SUR 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 OJU - E-2773-2018 radicado No. 201803510105203 fechado del 20 de septiembre de 2018 proferido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada.

3.3. Del restablecimiento del derecho

Frente al restablecimiento a pesar de que quedó establecido que el Hospital contaba con optómetra de planta, no fue aportada prueba que permita establecer cuál era la denominación de dicho cargo en la planta de personal. En consecuencia, se ordenará reconocer como asignación básica para el cálculo de las prestaciones sociales el valor de los honorarios pactados en cada uno de los contratos suscritos.

¹⁷ Interrogatorio de parte minuto 48:30 al minuto 51.

¹⁸ Expediente administrativo- archivo "ANDREY GIOVANNY VALES (1).PDF" (ff.262-267)

El tiempo por el cual se ordena el restablecimiento de derechos es el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2003 hasta el 29 de enero de 2016. Lo anterior teniendo en cuenta los periodos acreditados durante la relación entre el actor y la Subred Sur E.S.E.

Reconocimiento y pago de las prestaciones sociales

A título de restablecimiento se cancelará al demandante, las prestaciones sociales reclamadas a las que tiene derecho con el valor de los honorarios pactados en cada uno de los contratos.

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 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.

Indemnización moratoria y Daños Morales

Estas pretensiones no tienen vocación de prosperidad, la sanción por el no pago de cesantías 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. Frente a la indemnización por concepto de daños morales en el expediente no obra prueba alguna que permita acreditar los daños morales ocasionados al demandante.

PRESCRIPCIÓN 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.

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.

Como se indicó previamente para el caso en concreto, durante la relación contractual entre las partes no se presentaron suspensiones mayores a 15 días, razón por la cual no opera la solución de continuidad. Para fijar los términos prescriptivos se precisa que la finalización del último contrato fue el 29 de enero de 2016, la reclamación administrativa fue presentada el 20 de septiembre de 2018, es decir dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación. El acto acusado fechado del 20 de septiembre de 2018 fue presentado ante la Procuraduría el 9 de octubre de 2018 y esta fue declarada fallida el 13 de noviembre de 2018. Como quiera que la demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2018 esta fue presentada en el término legal, por lo anterior no operó el fenómeno de la prescripción.

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 CPACA¹⁹, 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

¹⁹ 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.”

cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

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 Estado²⁰

Habida cuenta que la parte actora debió cancelar honorarios profesionales, se condenará en costas a la entidad por valor de un salario mínimo legal mensual vigente.

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 funcionamiento²¹.

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. OJU -E-2773-2018 radicado No. 201803510105203 fechado del 20 de septiembre de 2018, expedido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

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

RECONOCER y **PAGAR** al señor **ANDREY GIOVANNI VALDES RAMIREZ** las prestaciones sociales a que tenga derecho, 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 demandante y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta.

TERCERO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser **ACTUALIZADAS** de conformidad con la fórmula señalada en el acápite de

²⁰ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

²¹ Artículo 8° del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”,

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 COSTA a la entidad por un (1) SMLV.

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.

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

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS²²

Asiste como secretaria Ad Hoc: Adriana Andrea Albarracín Bohórquez

SE DEJA CONSTANCIA QUE LOS APODERADOS INTERPONEN RECURSO DE APELACIÓN:

PARTE DEMANDANTE: *sin recursos*

PARTE DEMANDADA: *Interpone recurso de apelación el cual será sustentado en el término de ley.*

(queda registrado en la videograbación)

Firmado Por:

**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ CIRCUITO**

JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1411353fc32ed775ca5beb9a824026a197a579acfc6ced7c35944c208ce8671c

Documento generado en 11/06/2021 03:38:06 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

²² <https://playback.lifeseize.com/#/publicvideo/ccf0e010-3287-4904-bad8-1bbb2f1726ff?vcpubtoken=20c42a42-d3db-4fce-bc89-bd2faea35768>