



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

RADICADO: 11001-3335-012-2013-0902-00

DEMANDANTE: MARTHA ROCIO GONZALEZ DE POLO

DEMANDADO: FIDUPREVISORA VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE
REMANENTES DE LA ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO MINISTERIO DE SALUD Y
PROTECCIÓN SOCIAL.

**ACTA N° 296
AUDIENCIA ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 181 y 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. 22 de agosto de 2017, siendo las dos y treinta de la tarde, fecha y hora previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio con el Profesional Universitario del Despacho constituyó en audiencia pública en la sala 016 de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes.

INTERVINIENTES

La parte demandada: LUZ MARY ACOSTA ARANGO

Se informó 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. Práctica de Pruebas
2. Alegatos de Conclusión
3. Decisión de Fondo

PRACTICA DE PRUEBAS

En audiencia anterior se ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

- i) La hoja de vida de la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO.
- ii) Manual de funciones para el cargo de enfermera.
- iii) La certificación de factores que recibieron los auxiliares del área de salud para el cargo de enfermera.
- iv) Copia de las agendas o minutas horarios de trabajo asignados a la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO.

- v) *Consignaciones efectuadas por la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO.*
- vi) *Valores descontados por concepto de retención en la fuente.*
- vii) *Constancia de cotizaciones obligatorias con destino a la seguridad social y retenciones.*

Mediante memorial del 21 de julio de la presente anualidad la entidad accionada aportó la información requerida en medio magnético, en consecuencia se incorporan dichas pruebas documentales obrantes en 02 folios y un CD.

Decisión notificada en estrados.

2. ALEGACIONES FINALES.

El Despacho corrió traslado de alegatos de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos a los apoderados judiciales de las partes, quienes procedieron a exponer sus alegatos de conclusión de conformidad con la grabación digital que se anexa con la presente acta.

3. FALLO.

PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar si las labores que cumplió la actora como enfermera jefe en la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO se caracterizaron por la autonomía independencia y temporalidad propias del contrato de prestación de servicios o por el contrario cumplió funciones del giro ordinario de la entidad, bajo las características de una relación laboral.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Sea lo primero anotar que, por principio de derecho, el acuerdo de voluntad expresado en un contrato debe corresponder a la realidad, por ello, en caso de divergencia entre lo escrito y lo que efectivamente sucede, el derecho da

preponderancia a lo fáctico, principio que a su vez se conoce como **primacía de la realidad**.

En lo relativo a relaciones laborales encubiertas con vínculos de otra naturaleza, el Consejo de Estado¹, ha sostenido que la acreditación de los tres elementos: Prestación personal del servicio, salario y subordinación, da lugar a la declaración de la relación laboral y otorga el derecho a la protección al trabajo, que se concreta en el pago de las garantías de carácter prestacional a título de indemnización o reparación del daño.

El Despacho hará énfasis sobre el elemento **subordinación o dependencia** que constituye el diferenciador entre vínculo contractual por prestación de servicios y la relación laboral, y que ha sido definido según la jurisprudencia² como: “aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo”.

Esta definición tradicional del elemento subordinación, que es una adaptación de la que existe para el derecho laboral ordinario, debe ser analizada desde la perspectiva de lo público, pues, aunque el trabajador del Estado tiene superiores que ejercen control sobre su actividad, en estricto sentido **se encuentra sometido al imperio de la ley**, es decir, deben cumplir los mandatos legales y no solamente la voluntad del superior, por ello, la subordinación no se restringe al cumplimiento de sus órdenes.

En otras palabras, la subordinación, tratándose de relaciones laborales con entidades públicas, no se limita a establecer si el superior jerárquico exigió el cumplimiento de órdenes, ya que el espectro se amplía debiéndose verificar si

¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., Primero (10) De Julio De Dos Mil Nueve (2009), , Radicación Número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08), Actor: José Dolores Orozco Altamar, , Demandado: Departamento Nacional De Planeación Y Corpes.

² Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C Veintiséis (26) De Enero De Dos Mil Doce (2012), Radicación Número: 50001, 23, 31, 000, 2005, 10518, 02(1094, 10), Actor: Luz Nelly Urrego Moreno. Demandado: E.S.E. Policarpa Salavarietta En Liquidación. “La Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, , que su actividad en la entidad haya sido personal y , que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, , debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.” Tabulaciones suprimidas por el Despacho.

durante la prestación del servicio, estuvo obligado a ejercer funciones propias de la administración de conformidad con las leyes, reglamentos, actos administrativos y directrices, que es lo que ubica al contratista en igualdad de condiciones que los funcionarios de planta.

Por su parte, la vinculación mediante prestación de servicios se encuentra autorizada en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2209 de 1998, pero solamente para casos donde no es posible realizar tareas específicas con el personal de planta, dada su **especialidad, diferenciación o temporalidad**, sin que ello autorice a las entidades para encubrir la realización de sus funciones mediante contratos de prestación de servicios sin el pago de los beneficios prestacionales. -Al contrario, existe expresa prohibición para proceder de tal manera-³.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En cuanto a la prescripción de las acreencias laborales derivadas del contrato realidad, mediante reciente jurisprudencia de Unificación del Consejo de estado⁴ con ponencia del Magistrado CARMELO PERDOMO CUÉTER, se dijo lo siguiente:

“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral. Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los

³ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 define la noción de empleo, funcionario y la calidad de quienes prestan servicios a la Nación en forma esporádica, con el siguiente tenor literal: “Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes. 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” (Negritas y subrayado propios).

⁴ Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016

elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. (Subrayado fuera del texto original)

(...)

Pese a lo expuesto, 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. (Subrayado fuera del texto original)

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite³¹), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial. (Subrayado fuera del texto original).

Del aparte jurisprudencial traído al caso, se colige que el término prescriptivo de tres años, es aplicable para la reclamación de las prestaciones que se deriven de relación laboral con el Estado, sin embargo no ocurre lo mismo respecto de los aportes a pensión, pues aquellos se causan día a día y se pueden solicitar en cualquier época, con lo cual son imprescriptibles, irrenunciables y además frente a ellos no opera la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por tratarse de prestaciones periódicas.

CASO CONCRETO:

La demandante solicita la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- i) *Oficio Nro. de radicación 2-2013-027919 del 02 de agosto de 2013, mediante el cual el Subdirector jurídico de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público informa que esa entidad no puede pronunciarse de fondo sobre la petición, toda vez que constituiría una extralimitación a sus funciones. (f 46)*
- ii) *Oficio Nro. 2013EE00074957 del 09 de agosto de 2013, mediante el cual la Vicepresidente de Administración Fiduciaria, informa que a la Fiduprevisora S.A., no le asiste responsabilidad alguna respecto a las prestaciones reclamadas, toda vez que en virtud de contrato de fiducia mercantil Nro 114 del 30 de diciembre de 2008, las obligaciones de esa entidad se limitan a la administración de recursos, y no existió ninguna relación laboral con la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ. (f 48)*
- iii) *Oficio 201311100941941 del 19 de julio de 2013, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas, del Ministerio de Salud y Protección Social, manifestó que entre esa entidad y la extinta E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, no existe ni existió sustitución, subrogación o cesión de obligaciones de ninguna especie, ni relación que implicara subordinación o dependencia jerárquica, razón por la que no es de su competencia reconocer, liquidar y pagar salarios, prestaciones sociales legales y extralegales con ocasión del tiempo que afirma la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ haber laborado como contratista. (f 52)*

Antes de afrontar el análisis de los elementos fácticos con miras a establecer si existió la relación laboral, es necesario determinar si la demanda se presentó dentro del término razonable de tres años, contados desde la terminación del vínculo contractual, por lo que de conformidad con las pruebas recaudadas, se tiene que: i) la actora prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, desde el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, con algunas interrupciones, ii) presentó reclamación ante la Fiduciaria la Previsora – Fiduprevisora S.A., el 29 de julio de 2013 (fl. 47), ante la Nación - Ministerio de

Hacienda y Crédito Público el 29 de julio de 2013 (fl.45), y ante el Ministerio de Salud y Protección Social el 12 de julio de 2013 l.(fl. 52).

Sin embargo, como el último de los contratos suscritos por la accionante culminó el 03 de septiembre de 2007 y la demanda la formuló el 18 de diciembre de 2013, esto es, por fuera de los tres años señalados como el término de la prescripción extintiva, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente, empero, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, como los aportes a pensión derivados del contrato realidad, son irrenunciables e imprescriptibles, el Despacho determinará si la vinculación de la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO con la extinta E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, cumple con los tres elementos para declarar la existencia de una relación laboral oculta en contratos de prestación de servicios.

Para el efecto, además de la prueba documental relacionada en la etapa de fijación del litigio, se cuenta con la declaración rendida por la señora ROSALBA CANO LEGUIZAMON, auxiliar de enfermería que en la actualidad labora en el Instituto Nacional de Cancerología y quien trabajó en la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO por espacio de 11 años, tres de los cuales fue compañera de la aquí demandante.

Sobre la prestación personal de los servicios.

De las pruebas documentales relacionadas en el expediente se tiene que este elemento se encuentra acreditado con los contratos suscritos, en cuyo objeto se enuncian las actividades que debían ser realizadas por el demandante de manera personal (fl.80 a 118).

“OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con la EMPRESA a prestar sus servicios personales de conformidad con lo manifestado en su oferta que hace parte integral del presente contrato y se cumplirá oportunamente con los informes sobre el desarrollo de las actividades por él ofertadas ante el SUPERVISOR del contrato de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento.

Los servicios fueron prestados de manera continua por la demandante en la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, desde el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007 como enfermera, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

<i>Contrato No.</i>	<i>objeto</i>	<i>Fecha y Duración</i>	<i>Cargo</i>	<i>Folios</i>
<u>7319-04</u>	<i>Servicios personales</i>	26 días y 1 mes	<i>Enfermera</i>	80 a 81
<u>8179-04</u>	<i>Servicios personales</i>	01 de julio de 2004 Fecha de legalización 08/07/2004 23 días y 3 meses	<i>Enfermera</i>	82 a 84
<u>11949-04</u>	<i>Servicios personales</i>	29 de octubre de 2004 Fecha de legalización 01/11/2004 02 meses y 15 días	<i>Enfermera</i>	85 a 87
<u>11949</u>	<i>Servicios personales</i>	Adición de 15 días al anterior contrato	<i>Enfermera</i>	88
<u>3908-05</u>	<i>Servicios personales</i>	03 meses Fecha de legalización 01/06/2005	<i>Enfermera</i>	89 a 91
<u>7978-05</u>	<i>Servicios personales</i>	20 días y tres meses Fecha de legalización 11/10/2005	<i>Enfermera</i>	92 a 94
<u>1603-05</u>	<i>Servicios personales</i>	Cuatro meses Fecha de legalización 01/02/2005	<i>Enfermera</i>	95 a 97
<u>5486-05</u>	<i>Servicios personales</i>	Un mes Fecha de legalización 01/09/2005	<i>Enfermera</i>	99 a 101
<u>5486-05</u>	<i>Servicios personales</i>	Adición de 10 días al anterior contrato 01/09/2005	<i>Enfermera</i>	98
<u>10259-06</u>	<i>Servicios personales</i>	Tres meses 01 de febrero de 2006	<i>Enfermera</i>	102 a 104
<u>10259</u>	<i>Servicios personales</i>	Adición de 30 días al anterior contrato 28 de abril de 2006	<i>Enfermera</i>	105
<u>13028-06</u>	<i>Servicios personales</i>	Tres meses 01/06/2006	<i>Enfermera</i>	109-111
<u>13028-06</u>	<i>Servicios de enfermero</i>	Tres meses 01/09/2006	<i>Enfermera</i>	115
<u>16517-06</u>	<i>Servicios de enfermero</i>	Un mes y 20 días 11/10/2006	<i>Enfermera</i>	112-114
<u>18062-06</u>	<i>Servicios personales</i>	Un mes y 04 días 01/12/2006	<i>Enfermera</i>	106-108
<u>967-07</u>	<i>Servicios de enfermero</i>	Cuatro meses 05/01/2007	<i>Enfermera</i>	116 a 118
<u>966797</u>	<i>Servicios de enfermero</i>	Cuatro meses 04/05/2007	<i>Enfermera</i>	119
<u>3629/07</u>	<i>Servicios de enfermero</i>	Dos meses y 26 días 05/07/2007	<i>Enfermera</i>	120

En relación con la prestación personal, la testigo ROSALBA CANO LEGUIZAMON asevera que la actora fungió en la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO

como enfermera jefe, del servicio de quirúrgica o post operatorios, a cargo de cinco auxiliares aproximadamente.

De manera que por las características del objeto contractual y de la forma en que se desarrolló el mismo, para este Despacho resulta claro que la actora no podía delegar sus funciones en razón a que el contrato se celebró justamente por su capacitación y condiciones personales.

Habitualidad

La relación de los contratos celebrados por la actora, reseñados en precedencia, permite concluir adicionalmente que entre el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007- existió una relación laboral, bajo el mismo objeto contractual, situación que desvirtúa la temporalidad propia de los contratos de prestación de servicios, y que además se corrobora con los desprendibles de pago de honorarios, expedidos por la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO. (Fls. 80 a 90)

Sobre la remuneración o pago.

El elemento, remuneración de igual forma se encuentra debidamente acreditado a través de los desprendibles de pago por el contrato de prestación de servicios personales, expedidos por la E.S.E LUIS CARLOS GALA SARMIENTO, en los cuales se relacionan detalladamente tanto los meses a que correspondían dichos pagos como los valores cancelados por la actividad profesional prestada por la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO.

Así mismo los certificados de disponibilidad presupuestal relacionados en cada uno de los contratos de prestación de servicios dan cuenta de los pagos realizados a la actora con motivo de la relación contractual vigente entre las partes durante los años 2004 a 2007 y que además en dichos instrumentos contractuales se pactaron unas cláusulas de "valor y forma de pago", como contraprestación por el servicio prestado.

Sobre la subordinación.

Como se explicó en precedencia, la subordinación, tratándose de relaciones laborales con entidades públicas, no se restringe a una relación personal jefe-

subordinado, sino que el espectro se amplía, debiéndose verificar si durante la prestación del servicio el actor ejerció funciones propias de la administración, es decir, la subordinación en el sector público se debe entender como la obligación de realizar una función pública con sujeción a las leyes, reglamentos, actos administrativos y directrices.

En lo que a la subordinación se refiere y a diferencia de lo que ocurre en un verdadero contrato de prestación de servicios que se caracteriza por la independencia del contratista, se logró establecer a través de la prueba testimonial que la señora GONZALEZ POLO, en desarrollo del cargo de Jefe de Enfermería siempre estuvo sujeto a los lineamientos impuestos por el Departamento de Enfermería de la UNIDAD HOSPITALARIA DEL NIÑO “JORGE BEJARANO”, dependencia a la cual debía rendir los informes de su gestión, tal y como se corrobora con la cláusula primera de cada uno de los contratos de prestación de servicios..

De la declaración de la señora ROSALBA CANON, se logra corroborar la existencia de elementos determinantes de la subordinación laboral que se presentaron durante el tiempo en que permaneció vinculada la actora con la entidad Hospitalaria Clínica del Niño.

En relación con el horario afirmó:

“Se cumplía una agenda que programaba el Departamento de Enfermería”

“Ella – refiriéndose a la actora- tenía que cumplir un horario, si faltaba a eso tenía que reponer tiempos”

“Ella no se podía ausentar, si ella necesitaba el tiempo tenía que cubrirlo con otra compañera o pedir el permiso respectivo a la jefe del Departamento”

Esta declaración pone en evidencia la disponibilidad de la actora para el desempeño de sus funciones y la sujeción a los parámetros trazados por la institución, adicionalmente al referirse a las tareas propias del jefe de enfermería, cargo que según afirma desempeñaba la actora, sostiene:

“Ella cumplía las funciones administrativas, revisaba historias, hacía pedidos, ubicaba pacientes en los servicios si había que trasladar, administración de medicamentos, curaciones, toma de laboratorios”;

“ella al ingreso de turno nos delegaba diferentes pacientes, diferentes funciones que teníamos que hacer”

Así las cosas, es claro que la demandante se desempeñó como enfermera jefe y dentro de este rol impartía órdenes al personal que laboraba en dicha área, vigilaba el cumplimiento de funciones y horario, y a su vez cumplía, como todos ellos, con un horario estricto.

Es evidente entonces que la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, está compuesta por una suerte de áreas dirigidas a sostener la operatividad de la institución hospitalaria y que abarcan tareas propias del manejo de los servicios de salud y administración.

Que en el caso del área de enfermería cuentan con un jefe—quien como en el caso de la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO es la persona que se encarga de gestionar y dirigir el funcionamiento de los servicios de enfermería en los respectivos turnos asignados; situación que no crea autonomía o independencia en sus decisiones, sino que por el contrario obliga a un cumplimiento de directrices precisas sobre actividades a desempeñar a cargo del Departamento de Enfermería.

Debe destacarse también que la testigo de cargo coincidió en manifestar que la señora GONZALEZ POLO, como Jefe de Enfermería en la Unidad Hospitalaria del Niño JORGE BEJARANO, contaba con personal aproximado de cinco auxiliares de enfermería bajo su mando, quienes recibían por parte de ella directrices y asignación de labores y tareas específicas del área de trabajo, es decir fungía actividades propias de autoridad administrativa, y en virtud del cargo de enfermera jefe tomaba medidas disciplinarias consistentes en hacer llamados de atención grupal previo a remitir al Departamento de Enfermería.

Ahora bien, frente a la calidad de autoridad administrativa, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado que se constituye en una limitante a la utilización de la figura del contrato de prestación de servicios bajo los siguientes parámetros:

“Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como pasa a verse:

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que:

*“(…), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.***

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resultado fuera de texto). ”

Queda así demostrado que la autonomía e independencia que caracteriza los contratos de prestación de servicios no estuvo presente en el ejecutado por la señora GONZALEZ POLO, pues la entidad le definió el modo, tiempo y lugar en que debía desempeñar sus funciones.

Criterio de funcionalidad

Establecidos los elementos de prestación personal de servicios, subordinación y salario, y atendiendo los parámetros trazados por la Corte Constitucional en las sentencias C-614 DE 2009 y C 154 de 1997, resta precisar que durante su vinculación la actora cumplió funciones propias de la entidad, e incluso inherentes al componente misional, pues el rol de enfermera jefe en una institución hospitalaria, es de carácter vital y misional, propio de la naturaleza del servicio que se presta, ya que ejecuta las funciones específicas en el ramo de la salud que son inherentes a la profesión de enfermería; y no obstante la importancia de este cargo, fue desempeñado por personal de prestación de servicios.

Quedan así **acreditados los elementos de prestación personal del servicio subordinación y remuneración**, lo que conduce a concluir que la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, encubrió una relación laboral en los contratos de prestación de servicios suscritos y sus correspondientes actas de adición y prorroga celebradas con el demandante pues las labores desarrolladas son inescindibles del objeto de la entidad, de carácter esencial y permanente.

Sobre el restablecimiento del derecho.

La demostración de los elementos de la relación laboral otorga “a título de “reparación del daño” o “a título de indemnización”, el derecho de reclamar las prestaciones sociales dejadas de percibir, pero no por ello, el beneficiario se

convierte automáticamente en un empleado público. Sobre el tema ha señalado el H. Consejo de Estado⁵

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas. (...)”

Así las cosas, una vez establecido que la demandante desempeñó labores idénticas a las de un servidor público, este Despacho, decretará la nulidad de los actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; sin embargo, teniendo en cuenta que en el presente asunto ha operado la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, se denegaran las pretensiones relacionadas con el pago de: cesantías definitivas, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, horas extras, dominicales, festivos, nocturnos, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, incrementos adicionales sobre salarios básicos por servicios prestados, auxilio de alimentación, aportes a salud, pago de pólizas de cumplimiento, reconocimiento y pago de nivelación de salarios por concepto de “a trabajo igual salario igual”, reconocimiento y pago de indemnización por despido unilateral sin justa causa, reconocimiento y pago de prima técnica, reconocimiento y pago de una suma igual al último salario mínimo diario por cada día de retardo desde la fecha en que se produjo la desvinculación, hasta la fecha en que se produzca el pago como reparación al lucro cesante y daño emergente, por haber operado la prescripción trienal.

No obstante a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, con fundamento a dispuesto en la referenciada sentencia de Unificación del Consejo de Estado, el Despacho declarará que el tiempo laborado por la demandante como enfermera en la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales, en este sentido, ordenara a la E.S.E tomar (durante el

⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), Actor: Magda Viviana Garrido Pinzón, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

tiempo comprendido entre el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales 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 trabajadora.

INDEXACION

En estas condiciones, las sumas que deberá cancelar la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula dispuesta por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en los términos del artículo 187 del C.C.A.

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el actor, por el guarismo que resulta de dividir el índice Final de Precios al Consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice Inicial vigente para la fecha en que debieron hacerse los pagos, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado⁶ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- *El proceso la declaratoria del contrato realidad con el consecuente pago de acreencias laborales, revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe. Las pretensiones fueron negadas.*

Bajo estas consideraciones, no hay lugar a condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con el artículo 365 (numeral 8) del Código General del Proceso (CGP).

⁶ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la prescripción de los emolumentos y prestaciones laborales reclamadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO Declarar la nulidad del Oficio N° -201311100941941 del 19 de julio de 2013, emanado por la Coordinadora del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas, del Ministerio de Salud y Protección Social, que negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales a la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO identificada con C.C. 36.541.764 de Santa Martha, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. – Declarar que entre la E.S.E LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, y la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO, identificada con C.C. 36.541.764 de Santa Martha existió una relación de trabajo por los periodos comprendidos entre el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO- Declárase que el tiempo laborado por la señora MARTHA ROCIO GONZALEZ POLO, identificada con C.C. 36.541.764 de Santa Martha a la E.S.E LUISCARLOS GALAN SARMIENTO como enfermera bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el entre el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- Consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordenase al Ministerio de Salud y de la Protección Social tomar (durante el tiempo comprendido entre el 12 de mayo de 2004 hasta el 03 de septiembre de 2007, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus

vínculos contractuales 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 trabajadora, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. El Ministerio de Salud y de la Protección Social, hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber.

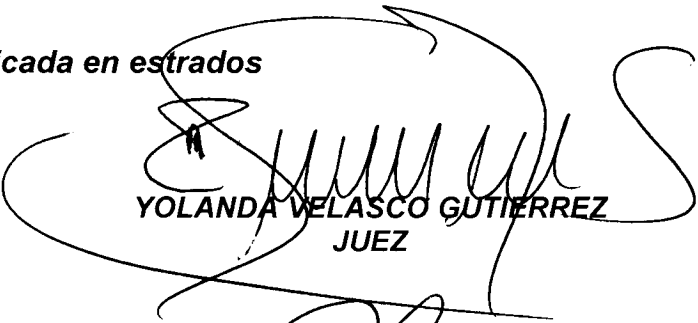
SEPTIMO. El Ministerio de Salud y de la Protección Social dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos establecidos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A., de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO.- No habrá condena en costas dentro del presente proceso de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

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

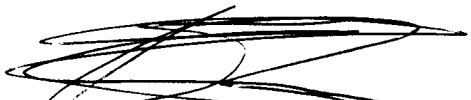
Decisión notificada en estrados



YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



LUZ MARY ACOSTA ARANGO
APODERADA MINISTERIO DE SALUD
Y
DE LA PROTECCION SOCIAL



JOSE HUGO TORRES BELTRAN
PROFESIONAL UNIVERSITARIO