



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL
MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2014-00083-01
DEMANDANTE:	SIRLE ISABEL MADERA ROMERO
DEMANDADO:	NACIÓN – POLCÍA NACIONAL

TEMAS: **RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD**

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 15 de febrero de 2016, proferida por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró SIRLE ISABEL MADERA ROMERO en contra de la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA¹.

La parte actora solicitó (i) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S-2013-ARSANDECUS 29.22, mediante el cual la Policía Nacional negó el reconocimiento de una relación laboral simulada bajo contratos de prestación de servicios, así como el consecuente pago de acreencias laborales y prestacionales; (ii) que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales que por ley son comunes a todo empleado, pago por concepto de pensión y salud, así como aportes a Caja de Compensación Familiar; (iii) que se ordene computar el tiempo

¹ Folio 1 a 10.

laborado por la demandante para efectos pensionales; y (iv) que la condena sea indexada, se condene en costas y se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme el artículo 192 del CPACA.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que:

La demandante laboró como Auxiliar de Enfermería al servicio de la Policía Nacional desde el mes de marzo de 2009 hasta diciembre de 2011, vinculada mediante contratos de prestación de servicios, conforme las órdenes, cronogramas, instrucciones y orientaciones emitidas por el Comandante del Departamento de Policía de Sucre.

La señora MADERA ROMERO estuvo sometida al cumplimiento de sus labores en lugares y horarios fijados por la entidad. Las jornadas de trabajo eran de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 12:00 m., y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m., debiendo asistir a reuniones, rendir informes, utilizar instrumentos de la Policía Nacional, así como también debía trasladarse con pacientes hacia otra ciudad.

Sus funciones eran similares a las desempeñadas por las Auxiliares de Enfermería de planta, razón por la que afirma que se configuró el contrato realidad de trabajo.

Mediante escrito de petición solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, petición que fue negada mediante oficio de fecha 19 de septiembre de 2013.

Como **NORMAS VIOLADAS** se señalaron los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; artículos 23 y 24 del C.S.T.; artículo 32 de la Ley 80 de 1993; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; artículo 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** argumenta que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado si se demuestran los tres elementos que caracterizan la relación laboral, cuales son, la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia y el salario; cuando son acreditados surge el derecho a que sea

reconocida la relación laboral, con el consecuente pago de las prestaciones sociales, como consecuencia del principio de primacía de la realidad sobre las formas. Señaló que la entidad demandada contrató a la demandante a través de contratos de prestación de servicios para disfrazar una verdadera relación laboral y así evadir el reconocimiento de las prestaciones reclamadas, y que en este caso se encuentra desvirtuada la autonomía e independencia propia de los contratos de prestación de servicios, pues se presentaron los elementos de la relación laboral.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 3 de abril de 2014 (Folio 10).
- Admisión de la demanda: 5 de mayo de 2014 (Folio 78).
- Notificación a las partes: 11 de julio de 2014 (Folio 83 a 86).
- Contestación de la demanda: 26 de septiembre de 2014 (Folio 90 a 101).
- Audiencia inicial: 17 de febrero de 2015 (Folio 122 a 129).
- Audiencia de pruebas: 22 de julio de 2015 (Folio 180 y 181)
- Sentencia de primera instancia: 15 de febrero de 2016 (Folio 235 a 243).
- Recurso de apelación: 29 de febrero de 2016 (Folio 249 a 256).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 8 de abril de 2016 (Folio 264 y 265)
- Auto que admite el recurso de apelación: 6 de mayo de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 1º de junio de 2016 (Folio 14 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad contestó la demanda en memorial visible a folios 90 a 101, oponiéndose a todas las pretensiones propuestas. Respecto de los hechos, manifiesta aceptar unos y negar otros.

Como razones de la defensa, señaló que la demandante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios por cuanto la actividad no podía desarrollarse

con personal de planta, ya que no disponía de cargos para el nombramiento de ellos; además que la contratación se debió ya que no existía el suficiente personal para satisfacer las necesidades del personal afiliado al subsistema de salud de la Policía Nacional, en cumplimiento del art. 2º de la Ley 352 de 1997 y art. 5º del Decreto 1795 de 2000, indica que en la contratación prevista en el art. 32 de la Ley 80 de 1993, se fijaron las cláusulas para el cumplimiento del objeto contractual, sin que existiera los elementos constitutivos de la relación laboral, lo que se dio fue una coordinación o supervisión del cumplimiento del objeto contractual.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

El Juez de primera instancia, luego de analizar el marco jurídico y jurisprudencial que gira en torno a la tesis de la configuración del contrato realidad y la prueba de sus elementos, descendió al caso concreto.

Expuso que de conformidad al material probatorio la actora laboró como AUXILIAR DE ENFERMERIA - AREA ADMINISTRATIVA, al servicio de la entidad demandada, desde el 1º de junio de 2009 hasta el 15 de diciembre de 2009, desde el 16 de diciembre de 2009 hasta el 17 de marzo de 2010, desde el 25 de marzo de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2010, desde el 16 de diciembre de 2010 hasta el 28 de febrero de 2011, desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Igualmente consignó que la demandante prestó sus servicios a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL - AREA DE SANIDAD desarrollando la labor como AUXILIAR DE ENFERMERIA, y que por ello percibía un pago mensual; lo cual hizo a través de contratos de prestación de servicios; también, que la demandante desarrollaba su labor de manera personal y de ello dan cuenta las declaraciones rendidas por los testigos ROBERTO CARLOS HERNANDEZ ROJAS, OSWALDO MARCIAL CONTRERAS GÓMEZ e INGRID CAMPO PORTACIO.

Concluyó además, de acuerdo con lo expresado por los testimonios vertidos al proceso y la documentación arrimada al mismo, que la demandante debía cumplir funciones de AUXILIAR DE ENFERMERIA las cuales generalmente eran prestadas a las sedes de estaciones de Policía en los municipios donde se desplazaba con otras

personas, también contratistas dentro del programa de sanidad, de modo que las labores no fueron intermitentes o esporádicas, puesto que, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional están excluidas de la Ley 100 de 1993, por tanto tienen su propio sistema de salud, correspondiéndoles organizar la prevención, promoción, rehabilitación, protección, recuperación y rehabilitación de sus miembros, actividades estas que fueron en las que se desempeñó la demandante.

Por otro lado, señaló que la labor desarrollada por la demandante a través de contratos de prestación de servicios, se extendió por un tiempo aproximado de dos (2) años y seis (6) meses, lo cual es una señal de continuidad y que hace presumir la necesidad que tenía la entidad demandada de contar con los servicios que le prestaba la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO para cumplir con las funciones de AUXILIAR DE ENFERMERIA, labores que son del resorte del sistema de salud especial de la Policía Nacional.

Concluyó que se encuentran reunidos los tres elementos primordiales y necesarios, cuales son, la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia y la contraprestación a la labor desarrollada, con los que se ha configurado una verdadera relación laboral, que trató de disfrazarse por el ente demandado.

En consecuencia declaró la nulidad del acto demandado, y como restablecimiento del derecho condenó a la entidad demandada NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL a pagar a favor de la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO, el valor de los emolumentos y prestacionales surgidas producto de la relación laboral y, el correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales y otros efectos legales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales tomando como base el valor de lo pactado en los “contratos”, en los periodos en que el demandante prestó sus servicios al ente accionado.

1.5 LA APELACIÓN²:

El ente demandante presentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el *A quo* en el siguiente sentido:

² Folio 249 a 256.

Manifestó que la demandante nunca recibió órdenes del Comandante del Departamento de Policía de Sucre, si no que fue destinada a trabajar en el área de sanidad, razón por lo que al momento en que fue contratada sabía cuáles eran sus labores específicas, lo que se consignó en los respectivos contratos, y la actora no podía cumplir ello en el horario que fuera, debido a que el servicio de salud es prestado desde las 8:00 a.m. hasta las 6:00 p.m.; además, la demandante pertenecía a un grupo que realizaba desplazamiento para verificar situación de pacientes, cronograma que era realizado por el Jefe del Grupo.

Señaló el recurrente que la relación contractual entre la demandante y la entidad se adecuaba a lo señalado por la Ley 80 de 1993, toda vez que se contrató a una persona con conocimientos específicos en auxiliar de enfermería, para la prestación de servicios en el campo asistencial, prestación que la misma entidad debe garantizar como derecho constitucional fundamental a la salud y seguridad social del personal de usuarios del Subsistema de salud de la Policía Nacional.

Indicó que la labor no podía realizarse con personal de planta, por cuanto no disponía de cargos para el nombramiento de esta clase de personal; además, para la época de celebración del contrato, no existía el suficiente personal para satisfacer la totalidad de los requerimientos y necesidades del personal afiliado y beneficiario del Subsistema de salud de la Policía Nacional, lo cual le impedía cumplir con la función de garantizar la atención integral y la cobertura en materia de salud, motivo por el cual resultaba imperioso suscribir contratos de prestación de servicios con profesionales calificados por el tiempo estrictamente indispensable, lo cual constituía una obligación inaplazable conforme lo señalado en el artículo 2º de la Ley 352 de 1997 y el artículo 5º del Decreto 1795 de 2000, en concordancia con lo señalado en el artículo 48 superior.

Fue por lo anterior que la Policía Nacional celebró los contratos de prestación de servicios, señalándole a la demandante las pautas de cumplimiento del objeto contractual, ejecutando el contrato hasta su terminación, sin manifestar durante su ejecución su inconformidad o imposibilidad de cumplimiento.

Por lo anterior, en desarrollo de los contratos de prestación de servicios citados, la contratista no adquirió ninguna relación laboral con la Policía Nacional, y por lo mismo tampoco el derecho a devengar prestaciones sociales o beneficios surgidos de un contrato de trabajo.

Considera el apelante que nunca existió una subordinación o dependencia de la demandante con respecto a la Policía Nacional; el hecho de realizar planillas de control de las horas que debe cumplir el contratista de acuerdo con lo pactado en el respectivo contrato de prestación de servicios, así como la solicitud de informes periódicos y cronogramas de actividades, son mecanismos legítimos de la entidad contratante, efectuados para la supervisión del cumplimiento y desarrollo del objeto contractual, igualmente las instrucciones impartidas por la entidad para el cumplimiento del vínculo existente con la demandante, no pueden considerarse como demostración de la existencia de una relación de subordinación, puesto que son formas de coordinar la prestación del servicio profesional, de acuerdo con las necesidades de los afiliados y beneficiarios del subsistema de salud.

Concluyó manifestando que la demandante no cumplió un horario de trabajo, sino que prestó sus servicios profesionales de acuerdo con el objeto y durante las horas convenidas en el contrato de prestación de servicios, aspectos que obligaban a tener mecanismos de coordinación y control, para garantizar la prestación del servicio en forma oportuna y efectiva.

Por todo lo anterior solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.6.1 Parte demandada (Folio 22 a 29 C. apelación): La entidad demandada alegó de conclusión, reiterando en lo expuesto en el recurso de apelación.

1.6.2 Parte demandante: La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia.

1.7 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Ministerio Público alegó de conclusión solicitando confirmar la sentencia de primera instancia. Indicó que se probó que la demandante cumplía labores propias

de auxiliar de enfermería en el área de Sanidad de la Policía Nacional, con un horario de 8 horas como lo señalan los testigos y bajo la dependencia de la programación mensual que hacía el Coronel de la Policía para dar cumplimiento al objeto contractual, configurándose así los elementos de la relación laboral.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA, en segunda instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos de las partes y la argumentación del demandante apelante, entra el Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentra justificada la celebración de los contratos de prestación de servicios por parte de la Policía Nacional y la demandante, teniendo en cuenta el objeto de los mismos? ¿Se encuentra acreditado el elemento subordinación en el *sub lite*?

Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en los problemas jurídicos y las particularidades del caso bajo estudio: 1. El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales públicas. 2. El caso concreto.

2.2 DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

Es nutrida la jurisprudencia emanada tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional³, sobre la cual se ha construido un fuerte precedente judicial, en virtud del principio de primacía de la realidad consagrado constitucionalmente en el artículo

³ Ver entre otras, la sentencia C – 154 de 1997

53 de la Carta Política, que nos enseña que, una vez reunidos los elementos de la relación laboral, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, surge la consecuencia directa de ella, que no es otro que el reconocimiento de los derechos laborales que la legislación colombiana prevé, lo cual siguiendo la tesis vigente del Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo, se hace a título de reparación de daño.

Se ha concluido, que no importa la forma de vinculación, sino cómo se desarrolla la prestación del servicio, la cual se impone frente a lo pactado por las partes, siempre y cuando reiteramos, se demuestre o pruebe la presencia de los elementos de la relación laboral, en especial, la subordinación. No obstante, se debe precisar que la relación laboral que surge de develar la verdadera naturaleza de un vínculo entre quien presta un servicio y quien lo recibe y se beneficia, en el caso que el contratante del mismo sea una entidad Estatal, ello no confiere ni otorga la calidad de empleado público, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, puesto que *“para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la constitución y en la ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”*.⁴

La Corte Constitucional en sentencia C 614 del 2 de septiembre de 2009 abordó el estudio del contrato de prestación de servicios, realizando las siguientes precisiones:

“.....(...)...La segunda, 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. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: 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) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

⁴ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente N° 1654-2000, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”

ii) Criterio de igualdad: Si 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, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008).

iii) Criterio temporal o de la 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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008).

iv) Criterio de la excepcionalidad: 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, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”(subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la 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. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003, indicó:

“no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son

permanentes e inherentes a este”

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habitual (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes, a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública, a mensajeros y a un técnico y operador de sistemas. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa”

De la misma forma, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, constante y reiteradamente ha señalado en sus pronunciamientos que:

“La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.

...Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P)”.^{5,6}

Si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷, que trata sobre el contrato de prestación de servicios, permitiría su celebración también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, el tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo ha señalado claramente que este, no se puede pactar para realizar actividades o prestar servicios misionales, o tengan que ver con el giro ordinario de actividades de la entidad, pues ello implica permanencia⁸. Dijo el Alto Tribunal:

“En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con la demandante Contratos de

⁵ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de febrero de 2009. Radicación N°. 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

⁶ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10).Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁷ Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.”

⁸ Consejo de Estado, Sección II Subsección “B, sentencia de 7 de 2013. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No. 250002325000200800653 01. No. interno: 2696-2011.

Prestación de Servicios, de forma continua e ininterrumpida. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de 24 meses, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de una Enfermera de planta.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad de la actora se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno³.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

En conclusión, quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas”

En tal sentido, la facultad de contratación, tiene una limitante en la medida que la tercerización de servicios, no puede conllevar a la realización de intermediación laboral, por cuanto en tal eventualidad la entidad contratante será responsable por las obligaciones laborales, como tampoco puede ser utilizada para encubrir o enmascarar relaciones permanentes que configuren relaciones laborales subordinadas, tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado, veamos:

“La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.

Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde este se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio.

Servicio que, se insiste, si se dio bajo las condiciones de una relación laboral, debe ser reconocido como tal, pues la remuneración es originada por la prestación personal de quien se identifica como contratista, en el contrato original de prestación de servicios.

No se puede por la formalidad del contrato de prestación de servicio, desconocerse el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta

³ Esta posición ha sido sostenida por fallo de esta Subsección del 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 150012331000199902561-01, Referencia No.3661-2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlen Fúquene Ramos.

remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, es decir que debe resaltarse que el elemento económico de la prestación sí existe pues esta remuneración se reconoce por el servicio prestado directamente a la entidad.

Se reitera por la Sala que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó una contratista, no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, esté en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo⁹.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

2.3 EL CASO CONCRETO.

En el presente asunto, la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO solicitó el reconocimiento de las prestaciones sociales a que tiene derecho por haber laborado con la POLICÍA NACIONAL bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, fungiendo como Auxiliar de Enfermería.

En primera instancia, el *A quo* resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, con sustento en que las pruebas aportadas al plenario dan cuenta de la configuración de los elementos de la relación laboral, en especial de la subordinación.

Por su parte, el apoderado de la demandante apeló la decisión, al considerar que, por un lado, la naturaleza del objeto contratado imponía el cumplimiento de la obligación constitucional de salvaguardar el servicio de salud, razón por lo que se requirió contratar los servicios de la demandante; por otro lado, manifestó que no existen pruebas suficientes que demuestran que en la prestación de la labor existió subordinación para con la entidad.

- De la prestación de los servicios de salud de la Policía Nacional.

De conformidad con lo señalado en los artículos 48 y 49 de la C.N., la seguridad social es un servicio público, conforme con el cual se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, siempre con la

⁹ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10).Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Igualmente, Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

intervención del Estado.

Por otro lado, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que las disposiciones de dicha norma no eran aplicables a los miembros de la Policía Nacional. Enseña la norma:

“ARTICULO. 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...).” (Negrillas para resaltar)

Mediante la Ley 352 de 1997 se restructuró el sistema de salud y seguridad social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. El artículo 2º de dicha norma señaló:

“ARTÍCULO 2o. OBJETO. El objeto del SSMP¹⁰ es prestar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios y el servicio de sanidad inherentes a las operaciones militares y policiales.”

Igualmente, se definió la Sanidad como un “...servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios”, (artículo 3º).

El sistema de salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional fue nuevamente regulado por el Decreto 1795 de 2000 en donde se reiteró la definición del servicio de Sanidad, así como el objeto del mismo.

Lo anterior da cuenta que al interior de la Policía Nacional existe un componente dirigido a la prestación de servicios de salud, cuya realización constituye el cumplimiento de las obligaciones legales y constitucionales de la entidad, más ello no es óbice para violentar los límites relacionados con la potestad contractual, dado que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades es aplicable a todo tipo de relaciones, aún en aquellos objetos relacionados con la seguridad social, de modo que se ha dicho que la libertad contractual para contratar con terceros servicios relacionados con salud, se encuentra limitada, siempre que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando no puedan llevarse a cabo por el personal de planta, y cuando se requieran conocimientos especializados (Sentencia C-

¹⁰ Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

171 de 2012).

Así pues, y contrario a lo señalado por el recurrente, la prestación de los servicios de salud por parte de la Policía Nacional no es excusa para que, en desarrollo de dicho deber legal y constitucional, se vulneren derechos fundamentales y principios de orden constitucional, como la primacía de la realidad sobre la forma, al encubrir verdaderas relaciones laborales bajo la celebración de contratos de prestación de servicios.

- **Prueba del elemento subordinación.**

Para efectos de acreditar el elemento subordinación, se aportaron al plenario una serie de elementos documentales que dan cuenta que la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO laboró para la POLICÍA NACIONAL como Auxiliar de Enfermería.

En lo que respecta a los extremos temporales que rigieron la relación laboral, encuentra la Sala que, de acuerdo con las pruebas aportadas, la demandante laboró: i) desde el 1º de junio de 2009 hasta el 15 de diciembre de 2009; ii) desde el 16 de diciembre de 2009 hasta el 17 de marzo de 2010; iii) desde el 25 de marzo de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2010; iv) desde el 16 de diciembre de 2010 hasta el 28 de febrero de 2011; y v) desde el 24 de marzo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Para efectos de acreditar el elemento subordinación, cuenta la Sala con la prueba testimonial recaudada, la que consta del dicho de ROBERTO CARLOS HERNANDEZ ROJAS, OSWALDO MARCIAL CONTRERAS GÓMEZ e INGRID CAMPO PORTACIO, quienes depusieron así:

i. Testimonio de ROBERTO CARLOS HERNANDEZ ROJAS, (Folio 167, CD 1 audiencia de pruebas, min. 12:47 a 42:08). El declarante manifestó que conoce a la demandante desde marzo de 2009 cuando comenzaron a trabajar en la Policía Nacional en Sincelejo, manteniendo una relación de compañeros de trabajo. Dijo el testigo que laboró con la demandante en el grupo NAIRU, como un grupo de servicio que se desplazaba todos los días a las estaciones de Policía del Departamento para atender el personal de Policía; manifestó que antes de salir a cada Estación de Policía se presentaban ante el Comandante del Departamento de Policía de Sucre, por orden verbal del mismo, al

igual que cuando se llegara al Comando de Policía. Señaló que todos los que hacían parte del grupo NAIRU estaban vinculados mediante órdenes de prestación de servicios y todos los meses le entregaban un cronograma de las visitas que debían realizar, además, que eran trasladados en un vehículo de la Policía Nacional. Declaró el testigo que cuando no existía transporte se quedaban prestando el servicio en Sanidad de la Policía Nacional, y particularmente la demandante ejercía labores como toma de presión, toma de signos vitales, como especie de pre consulta para remitir el paciente donde el médico, además de toma de muestras, PyP (Promoción y Prevención), mientras que en Sanidad de la Policía Nacional era asignada a urgencias, donde realizaba toma de presión, curaciones, inyectología, toma de signos vitales, entre otras funciones. Manifestó el testigo que el cronograma lo mandaba el Director de Sanidad, pero con el visto bueno del Comandante del Departamento de Policía de Sucre. Dijo que salían a las 8:00 u 8:15 a.m., más no sabían a qué hora regresaban, pues podía ser antes o después de 6:00 p.m., además, cuando regresaban temprano debían dirigirse a sanidad y esperar cumplir con las 8 horas de trabajo. Declaró que el área de Sanidad habían auxiliares de enfermería en la planta de personal. Dijo que los auxiliares de enfermería recibían órdenes del Jefe de Enfermería, quien estaba adscrita a la planta de personal de la Policía Nacional. Manifestó que la Oficina de Almacén de la Policía Nacional le hacía entrega a la demandante de uniforme y bata para la prestación del servicio.

ii. Testimonio de OSWALDO MARCIAL CONTRERAS GÓMEZ, (Folio 167, CD 1 audiencia de pruebas, min. 46:42 a 1:16:00). El declarante manifestó que conoce a la demandante desde el año 2009 con ocasión de una relación de trabajo. Dijo que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el área de Sanidad del Comando del Departamento de Policía de Sucre, cumpliendo horarios que eran exigidos por Sanidad, 8 horas diarias, además pertenecía a un grupo extramural para atención de los uniformados y familiares, desplazándose a las estaciones de Policía de los municipios para prestar atención médica. Además, cuando fue Comandante del Departamento de Policía de Sucre el señor Polo Obispo, les tocaba asistir a la relación general, junto con los uniformados, lo que se hacía los días viernes a las 6:00 a.m., siendo obligatorio asistir a la relación general, y en todas asistió la demandante, lo que le consta porque él también asistió. Declaró que debían presentarse ante el Comando del Departamento todos los días antes de desplazarse a las estaciones de los municipios, y al regresar sin importar la hora en la que regresaran. Manifestó que a la demandante

también le tocó prestar su servicio en las remisiones de pacientes a otras ciudades, en la ambulancia de traslado, de propiedad de la Policía Nacional. En cuanto a las funciones de la demandante, dijo que hacía curaciones, llenar registros de atención, toma de signos vitales, inyectología, llenar informes. Manifestó que cuando se quedaban en sanidad les tocaba de 8:00 a.m. a 12:00 m., y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., e incluso más tarde dependiendo de la necesidad del servicio. Declaró que el cronograma del grupo de servicio extramural era realizado por el área de Sanidad con el visto bueno del Comando del Departamento. Señaló que el área de Sanidad existe auxiliares de enfermería de planta. Dijo que a cada uno le entregaban los elementos necesarios para la prestación del servicio, de acuerdo c inventario manejado por el Jefe de Almacén.

iii. Testimonio de INGRID CAMPO PORTACIO, (Folio 167, CD 2 audiencia de pruebas, min. 09:25 a 30:50). La declarante manifestó que conoce a la demandante por haber laborado con ella en Sanidad de la Policía Nacional, desde hace 4 años. Declaró que cumplían un horario pero que en ocasiones le tocaba extenderse, además que tenían un enfermero jefe en Sanidad y recibían órdenes de la Mayor Matilde. Declaró que la demandante recibía órdenes del enfermero jefe. Declaró que en la planta de personal de Sanidad existían 2 auxiliares de enfermería, pero estos no se trasladaban a las estaciones de Policía de los municipios.

Es del caso, primeramente, resaltar que si bien los testigos manifestaron haber laborado con la demandante, y además, que los mismos también demandaron a la Policía Nacional por hechos similares, encuentra la Sala procedente valorar íntegramente sus dichos, dado que quien más que estos para conocer las circunstancias particulares en que la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO prestó sus servicios a la entidad.

Ya propiamente en lo que respecta a la valoración de la declaración de los testigos, advierte la Sala que los mismos son coincidentes en afirmar que la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO laboró como Auxiliar de Enfermería al servicio de la Policía Nacional, más exactamente en el área de Sanidad; además, que perteneció a un grupo denominado NAIRU, el cual se dedicaba a prestar los servicios de salud de forma extramural, trasladándose a las distintas estaciones de Policía del Departamento, pero que también, en ocasiones, debía prestar el servicio en la sede de Sanidad del Comando de Policía.

En cuanto a las particularidades del servicio, manifestaron que cumplían un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., más este se podía extender por razones del servicio, en especial cuando se encontraban en las estaciones de Policía de los municipios, e incluso a veces tenían que pernoctar en el destino cuando este era distinta, por ejemplo cuando se desplazaban hacia la zona de la mojana sucreña.

Se señaló además que la demandante recibía órdenes de un enfermero jefe, quien controlaba la prestación del servicio en sanidad. Por otro lado, los traslados extramurales estaban organizados conforme un cronograma realizado por el Director de Sanidad con el visto bueno del Comandante del Departamento de Policía Sucre, debiendo además, presentarse todos los días antes del traslado y al regresar, ante este último funcionario. Manifestaron los testigos que la demandante también debía en ocasiones prestar sus servicios para el traslado de pacientes hacia otras ciudades, lo cual se hacía en vehículo oficial de la entidad.

Para la Sala, todas las anteriores circunstancias dan cuenta de que la labor prestada por la señora SIRLE ISABEL MADERA ROMERO estuvo ajena a la autonomía e independencia que debe imperar en el contrato de prestación de servicios; contrario a ello, es evidente que la demandante ejecutó la labor bajo la continua subordinación ejercida por funcionarios de la entidad, ya sea el Comandante del Departamento de Policía de Sucre, el Director de Sanidad o el Enfermero Jefe de esta última, sometiéndose en cuanto al modo, cantidad y contenido de la labor, a las prescripciones encomendadas.

No está por demás señalar que en la prestación del servicio se evidenció la continuidad en la celebración de los contratos, lo que da cuenta que la necesidad del servicio de la demandante fue continua y no esporádica, lo cual no es procedente cuando se trata del cumplimiento de funciones permanentes y propias de la entidad, como en el presente caso, puesto que aun cuando se trata de la Policía nacional, ya se dijo en líneas anteriores que dicha institución tiene un componente misional relacionado con la prestación de los servicios de salud de sus miembros y demás beneficiarios, lo cual está bajo la égida de Sanidad de la Policía Nacional, área en la que estaba adscrita la demandante.

En conclusión, considera la Sala que contrario a lo expuesto por el apelante, en el presente asunto sí se acreditó la configuración del elemento subordinación en la prestación del servicio, razón por lo que trató de ocultar una verdadera relación laboral bajo un contrato de prestación de servicios, lo que da lugar a declarar la nulidad del acto demandado, y en consecuencia, reconocer a la demandante las prestaciones sociales comunes a título de indemnización, por lo que se confirmará la sentencia apelada.

3. CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, y a favor de la demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. CONCLUSIÓN

Como conclusión, el Tribunal considera que en el presente caso se encuentra acreditado el elemento subordinación de la relación laboral, lo que da lugar a **CONFIRMAR** la providencia apelada.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, de fecha 15 de febrero de 2016, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **CONDÉNESE** en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor de la demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE**

la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

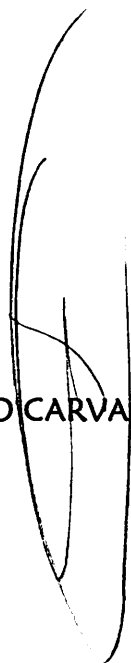
Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 114.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Ausente con permiso