



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-003-2014-00081-01
DEMANDANTE: NAUDYS DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **NAUDYS DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

Pretende la parte demandante lo siguiente:

- 1.2. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N9 S-2013_ARSAN DESUC 29.22, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral simulada bajo contrato de prestación de servicios, así como el consecuente pago de las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho todo empleado.

¹ Folio 1 y 2 C.Ppal.

- 1.2.1. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada a pagar todas las prestaciones sociales que por ley son comunes a todo empleado; así como las que se reconocen de forma especial a los servidores vinculados a la Policía Nacional y que ejercen similar labor a las desempeñadas por la actora; incluyendo el pago de los porcentajes correspondientes a pensión y salud que por el debieron ser asumidos por el contratante Policía Nacional; al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación; tomando como base para la liquidación correspondiente, los honorarios fijados en las respectivas ordenes de prestación de servicios, en razón a la prestación personal de sus servicios sin solución de continuidad. el reconocimiento y pago de los conceptos salariales y prestacionales adeudados, correspondientes al tiempo de servicios comprendido entre 1 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1990; derechos que comprenden diferencias salariales, cesantías y sus intereses, primas de navidad, de servicios, de vacaciones, reintegro de lo pagado por retención en la fuente, pagos a seguridad social y reconocimiento de bono pensional, auxilio de transporte, auxilio de alimentos, bonificación por servicios prestados, bonificación especial por recreación, subsidio de transporte y trabajo suplementario.
- 1.2.2. Que se ordene computar el tiempo laborado por la demandante, para efectos pensionales.
- 1.2.3. Que se ordene la indexación de la condena en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.2.4. Se condene en costas a la parte demandada.
- 1.2.5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 y ss de la Ley 1437 de 2011.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que:

Estuvo vinculada a través de contratos de prestación de servicios con el Departamento de Policía de Sucre, Área Sanidad, desde el mes de agosto de 2009 hasta el mes de diciembre de 2012, desempeñándose como Odontóloga.

Que, prestó sus servicios de manera personal, sin solución de continuidad, ininterrumpidamente y bajo subordinación cumpliendo sus labores en los lugares y en el horario comprendido de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 12:00 m y de 02:00 p.m. a 06.00 p.m.

Señala que, durante todo el tiempo que perduró la vinculación entre las partes, se desempeñó eficazmente en el cargo de Odontóloga, en el Área de Sanidad, conforme a las órdenes y cronogramas, instrucciones y orientaciones, emitidas por el Comandante del Departamento de Policía Sucre.

Aduce que, las funciones realizadas, con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Policía Nacional, eran similares a las desempeñadas por los profesionales de la salud vinculados a la planta de personal de la Policía Nacional - Área Sanidad.

Asegura que, en el transcurso de la relación laboral, ocultada bajo una relación contractual, y hasta su terminación, la Policía Nacional, no le reconoció, ni pago, todas las acreencias laborales de carácter irrenunciable a las que tiene derecho todo empleado por ley.

Manifiesta que, mediante petición de fecha 29 de agosto de 2013, presentó reclamación ante el Comandante de Policía de Sucre, solicitando el reconocimiento del contrato realidad por los servicios prestados como Odontóloga y el consecuente reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales correspondientes el cual fue resuelto mediante oficio NO. S-2013_ARSAN DESUC 29.22, en el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas.

Por último, expresa que con fecha 02 de abril de 2014, se celebró audiencia de conciliación ante el Ministerio Público, con resultado fallido.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló, Constitución política: Artículos 13, 25, 48 y 53, Legales: Artículos 23 24 del Código sustantivo del Trabajo, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

-Protocolo del salvador. Aprobado por la Ley 319 de 1996.

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**, expresa que, el acto administrativo demandado, debe declararse ilegal y por tanto nulo, en razón a que la Policía Nacional, al desconocer la relación laboral de la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA, simulada bajo contrato de prestación de servicios, y denegar el consecuente pago de prestaciones y demás acreencias laborales, incurre en vicios de falsa motivación y colateralmente infringe las normas en que debería fundarse.

Señala que, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido el Consejo de estado, 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, en aplicación del principio que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política, y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Alega que, en el presente caso, se encuentra desvirtuada tanto la autonomía como la independencia en la prestación del servicio, por cuanto se presentaron los elementos de toda relación laboral, esto es: la prestación personal del servicio de manera permanente, sin interrupciones en su ejecución, pues así lo indica el lapso sucesivo de contrataciones, que data desde que iniciaron hasta que se le notificó que no continuaría prestando el servicio; la remuneración de honorarios que se puede equiparar al salario, por el trabajo encomendado; y la subordinación en el desarrollo de la actividad, por cuanto dependía de las orientaciones emanadas de sus superiores y no bajo su propia dirección, en condiciones similares a cualquier otro empleado, con dependencia, lo cual ajusta con la existencia de subordinación, ejemplo de ello, era que cumplía las labores en los lugares y en el horario fijado por la entidad, asistía a reuniones, rendía informes.

Concluye su exposición afirmando que, se encuentra probado la suscripción por cerca de tres años, de varios contratos de prestación de servicios, por lo tanto no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así,

la temporalidad y transitoriedad características de los contratos de prestación de servicios, lo que permite dilucidar que se trataba de un trabajo continuo con vocación de permanencia que quiso ser enmascarado bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 3 de abril de 2014 (folio 10 y 99).
- Inadmite demanda: 21 de abril de 2014 (folio 151).
- Corrección de la demanda: 2 de mayo de 2014 (folio 103)
- Admisión de la demanda: 19 de mayo de 2014, (folio 109).
- Notificación a las partes: 27 de mayo de 2014 (folio 11 a 113 y 116 a 127).
- Contestación de la demanda: 23 de septiembre de 2014 (folio 128a138).
- Audiencia inicial: 20 de agosto de 2015 (folio 217 a 220).
- Audiencia de pruebas: 8 de marzo de 2016 (folio 250-251).
- Sentencia de primera instancia: 16 de septiembre de 2016 (folio 278 a 293).
- Recurso de apelación: 30 de septiembre de 2016 (folio 297 a 303).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 19 de enero de 2017 (folio 318-319).

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal prevista para ello. Aceptado algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al tiempo que alega que, la Ley 80 de 1993, reglamenta los contratos de prestación de servicios y permite la vinculación de personal para atender entre otros, funciones que no pueden cumplirse con el personal de planta. El artículo 32 numeral 3 de la citada ley, determina que los contratos de prestación de servicios, no generan vinculación laboral ni prestaciones sociales. La relación contractual entre la Policía Nacional y la demandante, se adecuó a la ley 80 de 1993.

Aseguró que, en el presente asunto, no se cumplen los elementos constitutivos de la relación laboral, porque nunca existió una subordinación o dependencia de la

² Folio 128 a 138 C.Ppal.

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.

Propuso las excepciones de Prescripción de los supuestos derechos laborales reclamados y cobro de lo no debido.

2.2. LA PROVIDENCIA APELADA³.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo concedió las pretensiones de la demanda, considerando que la demandante señora Naudys del Carmen Martínez Luna, suscribió varios contratos de prestación de servicios profesionales con la Nación - Policía Nacional - Departamento Policía Sucre - Área Sanidad, desempeñando para el efecto el cargo de Odontóloga en el Área de Sanidad, en los períodos comprendidos del 03 de agosto de 2009⁴² al 31 de abril de 2010; del 03 de mayo de 2010⁴³ hasta el 7 de diciembre de 2010; con adición hasta el día 09 de abril de 2011⁴⁴; del 10 de abril de 2011⁴⁵ hasta el 31 de diciembre de 2011; del 29 de marzo de 2012⁴⁶ hasta el 19 de diciembre de 2012, con remuneración mensual para el año 2009, 2010 y 2011, de \$1.974.000, y para el año 2012 de \$2.036.576. Para ello se aportaron los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y las comunicaciones del inicio de su ejecución.

Constatando, que para el cumplimiento de la labor contratada, la actora debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello unos honorarios establecidos en las distintas órdenes de servicios suscritas, en las que se pactó el valor y la forma de pago, con ello se reafirma la configuración de los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

³ Folio 278 a 293 C.Ppal.

En relación con el elemento subordinación, la encontró demostrada, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, que permite afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente; por el contrario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo y a directrices u órdenes determinadas por un superior, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

Aunado a lo anterior, señaló el *A quo*, que en el presente asunto se encuentra acreditada la continuidad en el desempeño de las funciones propias del cargo de Odontóloga por parte de la demandante; en efecto, se observa que las ordenes de prestación de servicios reseñadas se suscribieron por más de tres años y cuatro meses, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio de Odontóloga que desempeñaba la actora, era de carácter permanente.

concluyendo, que del supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, era clara la existencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de contratos de prestación de servicios, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53 y 51 de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, mediante el cual se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor como Odontóloga en la POLICÍA NACIONAL DE SUCRE - ÁREA DE SANIDAD.

2.2.1. EL RECURSO DE ALZADA⁴.

La entidad demandada, inconforme presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

"No son de recibo las argumentaciones hechas por el A quo, y esto se debe, a que en las consideraciones de la sentencia, dentro de la sana crítica en donde discurrió conceder las suplicas de la demanda. Por cuanto se consideró que existía una verdadera relación laboral de la que se deriva el conocimiento de derechos y prestaciones laborales entre la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional y la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA.

Establecido lo anterior, y ante las pretensiones de la actora, debo señalar en esta oportunidad que no le asiste razón al demandante al solicitar las prestaciones sociales,

⁴ Folio 297 a 303 C.Ppal.

toda vez que las mismas le corresponden exclusivamente a aquellas personas sobre los cuales recae un vínculo laboral, vínculo que bajo ningún supuesto de hecho o de derecho existió entre el demandante y la Policía Nacional, ya que no accedió al cargo por el proceso de concurso reglado, ni fue nombrado y posesionado como la Ley lo establece, y menos aún suscribió un contrato laboral.

Que no por ser contratistas la parte actora, la ejecución del contrato se deja al libre albedrío del demandante, puesto que la institución es la llamada a garantizar la efectiva prestación del servicio a los usuarios de sanidad, por lo que tales servicios prestados por el demandante que deben ser de alguna manera supervisados en virtud de las coordinaciones realizadas a mutuo consenso entre la entidad que represento y la hoy demandante, tal como lo determina la ley de contratación estatal.

Así mismo, la naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios y las relaciones- entre el AREA DE SANIDAD y la hoy demandante, se rigen por lo dispuesto en el contrato que celebren las partes para la prestación de servicios como lo fue en este caso, pues uno de los principios que rige ese tipo de contratación es la autonomía de la voluntad, así la parte actora fue consciente y conocedora del tipo de contrato que estaba suscribiendo con la entidad accionada, contrato que se rige por la Ley 80 de 1993, ley que le permite a la Administración la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales para atender, entre otras funciones, las que la Administración no puede ejercer con el personal de planta.

Además, no se cumplen los elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, relación dependiente y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público, y por ello no se puede afirmar que las órdenes de prestación fueron una simulación para ocultar una relación laboral, por el contrario la misma labor que cumplía desdibuja el vínculo laboral y por lo tanto con el cumplimiento del objeto contractual. Obedece a que ella señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA, no fue objeto de subordinación por parte del AREA DE SANIDAD SECCIONAL SUCRE, sin dejar de lado que el demandante debe ceñirse a los protocolos establecidos por el MINISTERIO de SALUD y el PROGRAMA NACIONAL de SALUD ORAL (para atención de primer nivel) recomendaciones adoptadas, por todas las entidades prestadoras de salud.

De otro lado, la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA como contratista debía velar por el cumplimiento de las obligaciones descritas en el objeto del contrato. Nunca se le impuso el cumplimiento de los objetivos, ni reglamento alguno distinto al cumplimiento de los protocolos establecidos por el MINISTERIO de SALUD y el PROGRAMA NACIONAL de SALUD ORAL (para atención de primer nivel) relativo a la manera como debía realizar las funciones, ni el poder disciplinario para asegurar un comportamiento y una disciplina acorde con los propósitos de la AREA DE SANIDAD SECCIONAL SUCRE.

Igualmente, no puede pasarse por alto que de conformidad con la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, es una obligación para las entidades públicas vigilar permanentemente la correcta ejecución de los contratos que se hayan celebrado, ya sea por intermedio de un supervisor o de un interventor, lo cual deriva en un seguimiento de tipo técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico de las actividades del contratista realizadas en función de la ejecución del contrato. Al respecto, indica el artículo 83 de la referida norma:

ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN EINTERVENTORÍA CONTRACTUAL. *Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de*

corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. –

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, v jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo. A través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventora consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventora.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventora. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventora, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

*El contrato de Interventora será supervisado directamente por la entidad estatal.
(Negrilla y subrayado fuera del texto)*

De tal manera, de acuerdo a la norma en cita, el hecho que el área de sanidad realicen una supervisión de las actividades del demandante respecto a la ejecución de los contratos donde la misma hace de parte contratante, constituye una obligación legal radicada en su cabeza, sin que esto signifique, ni remotamente, que se esté ante una relación de subordinación laboral, pues resulta apenas lógico que la Administración esté alerta al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del actor, pues de ellos dependa la adecuada prestación del servicio que se les ha encomendado o la ejecución de una obra que traerá beneficios para la comunidad, siendo que una actitud diferente pone en peligro el interés general, el cual constituye un fin superior en los actos y contratos de la Administración.

Los elementos arrimados permiten afirmar que si bien la demandante, Señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA prestó en forma personal las actividades que le fueron confiadas y a cambio recibió un pago, ello ocurrió en forma autónoma, es decir, que prestó el servicio por cuenta y riesgo propio. Aún la circunstancia de que hubiera demostrado la observancia en términos generales y amplios de un horario no podría por sí mismo probar la existencia de una relación de subordinación pues, tratándose de actividades previamente programadas, es apenas razonable que las mismas se presten en unos horarios y lugares que se establezcan para ello; y por prestarse el servicio conforme a ellos, no se genera una relación de trabajo sino el cumplimiento de los términos en los que fue convenido el contrato de prestación de servicios.

Finalmente, como lo ha venido reconociendo el Honorable Consejo de Estado, la sola circunstancia de que en la ejecución del contrato de prestación de servicios se den algunas circunstancias similares a las que se dan de ordinario en la relaciones funcionales administrativas de los empleados públicos, no permite concluir por si sola

que se oculta una relación legal reglamentaria bajo la modalidad contractual de prestación de servicios, debiendo tenerse en cuenta las siguientes precisiones:

- *La dedicación temporal del contratista, así sea prolongada o que se repitan contratos de prestación de servicios con la misma finalidad, no convierte la relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria.*
- *Así mismo, se admite que el contrato de prestación de servicios, como toda relación contractualmente adquirida, debe tener un objeto, ya que, como bien ha sido puntualizado, no es posible aceptar que el contratista pueda realizar la labor que quiera, cuando quiera y como tenga a bien prestaría, sino que es ineludible que se someta al cumplimiento de unas pautas mínimas, ya que de no ser así ahí si se desnaturalizaría el vínculo contractual pero en modo alguno para convertirlo en relación laboral legal reglamentaria.*
- *Tampoco se pasa por alto que cuando la Administración requiera de un mayor número de funcionarios de los que cuenta en su planta de personal, para cumplir sus propios cometidos, bien puede transitoriamente acudir a la figura contractual con tal de superar la coyuntura, situación que deberá ser valorada en cada caso con sumo cuidado porque por esta vía es como podría en un momento dado estar desfigurándose la relación contractual, cuando so pretexto de intentar superar una situación meramente coyuntural debidamente soportada se emplea la vinculación contractual para alimentar nóminas paralelas, objeto de los más drásticos reproches y consiguientes juicios de repetición.*

Conforme a lo anterior, y para el objeto de estudio no se ha demostrado que en la vinculación contractual del demandante con AREA DE SANIDAD SECCIONAL SUCRE se haya dado la totalidad de los elementos esenciales tipificadores de la relación laboral, pues si bien está probada la prestación personal y directa del servicio, y la remuneración que esta recibía por los servicios prestados, la continuada dependencia y/o subordinación no está demostrada, motivo por el cual no se puede predicar que la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTINEZ LUNA haya quedado desprotegido o que se le hayan vulnerado sus garantías mínimas laborales, por cuanto, se reitera estuvo vinculada a la AREA DE SANIDAD SECCIONAL SUCRE mediante contratos de prestación de servicios y la" terminación de los se debió a que el plazo estipulado para la prestación del servicio como odontólogo general se cumplió a cabalidad, es decir, simplemente fue la expiración del plazo la que dio lugar a la terminación (...)"

En consecuencia, el recurrente solicitó mantener la legalidad del acto administrativo demandado y por consiguiente con los argumentos legales y jurídicos expuestos en este estadio procesal, se nieguen en su totalidad las súplicas de la demanda.

2.2.2. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA:

El proceso de la referencia le correspondió por reparto a este despacho⁵, el cual mediante auto de fecha 15 de marzo de 2017⁶, admitió el recurso de apelación, y

⁵ Folio 2 C.de apelación.

⁶ Folio 4. Ídem.

posteriormente mediante auto de fecha 28 de abril de 2017⁷, corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en la cual solo se pronuncia la parte demandada, reiterando las razones expuestas en el memorial contentivo del recurso de apelación (folio 13 a 19).

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. LA COMPETENCIA.

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 de la Ley 1437 de 2011.

3.1.1. PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar, *¿si entre la partes existió una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad y como consecuencia de ello, si hay lugar al pago de las prestaciones sociales que la demandante solicitó?*

Para dar respuesta a lo expresado, la Sala abordará los siguientes temas: i) la teoría del contrato realidad en el sector público, ii) Caso concreto.

3.2. LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes de una relación, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación adoptada formalmente, si en la práctica se reúnen y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

⁷ Folio 9 ibídem.

Por ello, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece la modalidad o posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de prestación de servicios, debe aclararse que en la medida en que mediante ellos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, porque la materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elemento subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

En ese norte, la H. Corte Constitucional, ha señalado que *"para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada"*⁸.

Ahora bien, es menester precisar que quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: *"en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"*

En tal sentido, el Consejo de Estado considera que *"se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"*⁹, agregando que, *"el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a*

⁸ Sentencia C-154-1997

⁹ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia”;

En ese norte, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, pero de forma cardinal, y de sumo relieve, probar que existió una labor que celebrada y ejecutada en virtud de la formalidad de un contrato estatal por razón de la materialización de la misma, emergió subordinada.

Por ello, la prestación personal del servicio como elemento de toda relación laboral trae consigo una especial condición cuando se analiza la tesis del contrato realidad en el sector público, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar a decir, al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala que es una carga probatoria del actor demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal.

*“CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral” (negritas fuera del texto).¹⁰*

Misma providencia donde se señaló:

*“En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está*

¹⁰ Ídem 3.”

llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral”

Acorde con lo expuesto, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, una persona vinculada al Estado formalmente para ejecutar una actividad en apariencia independiente y autónoma por prestación de servicios, puede lograr a través de la teoría del contrato realidad, que se le reconozca y pague el equivalente a prestaciones sociales en igualdad de condiciones que las personas que prestan sus servicios personales al Estado mediante vinculación legal o reglamentaria, siendo indispensable que se acredite que detrás de la labor de contratista o trabajador por cuenta propia, se esconde, disfraza una verdadera relación laboral, siendo cardinal la prueba de la subordinación¹¹; carga probatoria que corresponde, se reitera, exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, como se señala en providencia de fecha 23 de noviembre de 2006, por el Consejo de Estado, así:

"Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales"¹².

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección II, sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No Interno: radicado 1413-08, C. P. Gustavo Gómez Aranguren. "El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador"

¹² Expediente 4356-04 de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A" .Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. Además de las exigencias legales citadas, 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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección II, radicado 050012331000199901406 01.

Es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹³, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁴.

Ahora bien, para que proceda el reconocimiento es menester considerar que con la **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda** del H. Consejo de Estado¹⁵, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así como la imprescriptibilidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad.

"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)": 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse

¹³ Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ "La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de "primacía de la realidad sobre las formas" en los casos en los cuales este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas"

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 23001233300020130026001. C. P. Carmelo Perdomo C. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

el monto pensional. iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta 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. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vij) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable¹⁶, entendido este “*como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes*”, indica que la reclamaciones laborales que se deriven de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

3.2.1. DE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UNA VERDADERA RELACIÓN LABORAL.

Es importante mencionar, que según lo estipulado por el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, quien pretenda la prosperidad de las pretensiones, deberá arrimar los elementos de juicio necesarios

¹⁶. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, “el precedente judicial y sus reglas”. Página 38. Ediciones doctrina y ley.

para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral, bajo la probanza de los presupuestos que la componen.

En este orden, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: "*en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable*"

En tal sentido, Ha dicho el Consejo de Estado que "*se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma*¹⁷, agregando que, "*el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia*",

Frente al elemento subordinación, se ha señalado como la línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral, pues ello permite acreditar que la vinculación contractual formal, esto que detrás de la labor de contratista se esconde, disfraza una verdadera relación laboral.

Es de recordar que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el cumplimiento de fines estatales¹⁸, cuando ellos no se puedan celebrar con personal de planta y la labor, no guarde estrecha y directa relación con las actividades administrativas y/o misiones de la entidad territorial, pues ello implicaría, el ejercicio o desempeño de funciones permanentes, para lo cual, la entidad deberá crear los

¹⁷ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

¹⁸ ARTÍCULO 3o. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

cargos necesarios¹⁹.

Asimismo, recuérdese que el contratista es un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus cometidos o fines y en tal sentido se constituye en un deber como lo establece el artículo el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, *"colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse"*, debiendo reiterar esta Sala que *"entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades²⁰, 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"*²¹⁻²²

De donde se sigue entonces que la subordinación se configura cuando se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público²³, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización

¹⁹ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: "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 presten 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"

²⁰ Esta Sala bajo las consideraciones expuestas líneas antes, estima que esa coordinación de actividades no es solo posible sino necesaria para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. Expediente No: 05001-23-31-000-2002-04865-01. Sentencia del 6 de mayo de 2015. C.P. Luis R. Vergara Quintero.

²² Ídem 9.

²³ *"Además de las exigencias legales citadas, 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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral"* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, radicado 050012331000199901406 01.

de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, sin embargo ello no descarta que la sólo celebración del contrato *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación²⁴ por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra expresamente prohibido²⁵.

3.2.1. CASO CONCRETO

Recapitulando tenemos que la señora Naudys del Carmen Martínez Luna expresa que celebró con el Departamento de Policía Sucre-Área de Sanidad, varios contratos de prestación de servicios para ejecutar la labor de Odontóloga, vínculo formal que se desnaturalizó y derivó en una verdadera relación laboral comprendida entre el mes de agosto de 2009 y el mes de diciembre de 2012, para lo cual formuló reclamación en sede administrativa el 29 de agosto de 2013 (folio 12 a 17).

La juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, considerando que se probaron los elementos de una verdadera relación laboral.

La parte demandada inconforme, presenta recurso de apelación, con fundamentos en los cargos que ya fueron explicados, resumidos básicamente en que entre la entidad y la hoy demandante, no existió una relación laboral, pues no hubo nunca un contrato de trabajo, sino más bien, la relación que obedeció a una contratación directa por prestación de servicios profesionales, regida por el principio de la autonomía de la voluntad e independencia, por ende no hay lugar al reclamo de ninguna prestación social.

Pues bien, conforme el material probatorio incorporado de manera oportuna debe la Sala analizar si se encuentran demostrados lo elementos que condicionan la

²⁴ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

²⁵ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

aplicación de la teoría del contrato realidad, a saber, prestación personal del servicio bajo modalidad contractual, subordinación y la retribución, a lo cual se Sala, así:

3.2.2. PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

En lo que respecta a la acreditación de los elementos de la relación laboral, para efectos de dar cabida a la tesis del contrato realidad, encuentra la Sala que, tal como lo señaló el A quo, la prestación del servicio se encuentra acreditada con la copia de los contratos respectivos, e igual ocurre con la retribución, la cual se acredita con la remuneración pactada en los respectivos contratos de prestación de servicios y el elemento de la subordinación acreditado a la luz de la prueba testimonial recauda en la primera instancia.

Para sustentar lo anterior, se pone de presente, **la prueba documental allegada al plenario**, en la oportunidad procesal pertinente, que dan cuenta de la relación contractual existente entre la actora y el Departamento de Policía Sucre-Área de Sanidad:

A folios 60 a 95 y 165 a 206 C-1Ppal., constan los siguientes contratos que se resumen en el siguiente cuadro:

Tipo de vinculación	Término	Valor	R. Mensual
Contrato de prestación de servicios profesionales No. 39-7-20025-12	8 meses y 20 días	\$17.650.325	\$2.036.576
Contrato de prestación de servicios profesionales No. 39-7-20026-11 (04-04-2011)	8 meses 21 días	\$17.173.800	\$1.974.000
Contrato de prestación de servicios profesionales No. 39-7-0025-10 (02-05-2010)	7 meses 15 días	\$14.805.000	\$1.974.000
Contrato de prestación de servicios profesionales No. 39-7-0025-10 (02-05-2010) adición al contrato	Plazo de ejecución y vigencia, hasta el 17-12-2010	Adición por la suma de \$7.369.600	-
Contrato de prestación de servicios profesionales No. 39-7-20063-09 (29-07-2009)	8 meses y 28 días	\$17.634.400	\$1.974.000

De los anteriores documentos se infiere la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto fue prestar los servicios de odontología y la remuneración pactada por el servicio prestado.

Así pues, se reitera, según el acervo probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que la demandante, suscribió varios contratos de prestación de servicios profesionales con la Nación - Policía Nacional - Departamento Policía Sucre - Área Sanidad, desempeñando para el efecto el cargo de Odontóloga en el Área de Sanidad, en los períodos comprendidos del 03 de agosto de 2009 al 31 de abril de 2010; del 03 de mayo de 2010 hasta el 7 de diciembre de 2010; con adición hasta el día 09 de abril de 2011; del 10 de abril de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011; del 29 de marzo de 2012 hasta el 19 de diciembre de 2012, con remuneración mensual para el año 2009, 2010 y 2011, de \$1.974.000, y para el año 2012 de \$2.036.576. Para ello se aportaron los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y las comunicaciones del inicio de su ejecución.

Como caudal probatorio documental digno de resaltar, se encuentran las órdenes de pago visibles a folios 25 a 59 del Cuaderno principal, en donde en cada una de ellas se estipula la remuneración mensual por el servicio profesional prestado. Igualmente, se observa del manual de funciones del cargo, resaltando que en las mismas se ilustra al actor sobre las condiciones de su labor, imponiéndole entre otras, la obligación de rendir informe mensual de actividades, gestión de estadística y demás, una vez finalizada la misma, claramente se desprende la permanencia en el servicio, la prestación personal del mismo y que el contratante imparte órdenes sobre la calidad, cantidad y forma de prestar el servicio personal. Es por todo lo anterior, que es posible determinar la ejecución de los sucesivos contratos.

Aunado a lo anterior, obra en el expediente, certificación de fecha 14 de septiembre de 2015, expedida por el Jefe Área de Sanidad - Policía Nacional Sucre, por medio del cual se hace constar que la demandante, prestó sus servicios como Odontóloga, mediante contratos de servicios profesionales, desde el 03 de agosto de 2009 hasta el 19 de diciembre de 2012, con honorarios mensuales para el año 2009 al 2011 de \$1.974.000 y para el año 2012 de \$2.036.576 (folio 238 C.pal. No2).

Visto lo anterior, pasa la Sala al análisis **de la prueba testimonial**, teniendo entonces, que se recaudó el testimonio de tres (3) personas relacionadas con las actividades desarrolladas por el contratista demandante. Se emprende su análisis individual, de acuerdo a sus deposiciones vertidas en la Audiencia de Pruebas celebrada el 8 de marzo de 2016 (folios 250 y 251-C.D. ROM fol. 266 y 267):

- Declaración del señor **ROBERTO CARLOS HERNÁNDEZ ROJAS**²⁶:

"Preguntado: Usted era Médico General dentro de la planta o hacia parte de ese grupo NAIRU. **Contestó:** Del grupo NAIRU. **Preguntado:** DR ROBERTO, usted tiene seguidos o estos se interrumpían. **Contestó:** Seguidos. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento sí la doctora NAUDYS MARTÍNEZ, cumplía un horario. **Contestó:** Nosotros teníamos que presentarnos a las 07:00 a.m. en las instalaciones de Sanidad, de ahí teníamos que presentarnos al Comando Central donde el Coronel, para que él, nos diera la orden de salir a la zona rural. **Preguntado:** Dr. ROBERTO, quien establecía ese horario en la entidad, a ustedes los del grupo NAIRU. **Contestó:** A nosotros mensualmente nos pasaba el comandante, nos pasaba un listado de las estaciones que teníamos que visitar, de 08:00 a 05:00 o 06:00 de la tarde. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento si la señora NAUDYS MARTÍNEZ, cumplía las mismas funciones que los empleados de planta. **Contestó:** Las mismas funciones del odontólogo de planta, a veces ella se quedaba en Sanidad, en la sede de acá de Sincelejo, cuando estaban los odontólogos de vacaciones. **Preguntado:** Quien era el jefe inmediato de la doctora NAUDYS MARTÍNEZ. **Contestó:** En esa época la Mayor MATILDE DE LA HOZ. **Preguntado:** La doctora NAUDYS MARTÍNEZ, podía manejar su propio horario para cumplir con el contrato que tenía. **Contestó:** Nada. **Pregunta el señor Juez:** Puede repetirle a este estrado el nombre de la persona de la cual usted manifiesta que la señora NAUDYS recibía órdenes, y que cargo desempeñaba dentro de la entidad. **Contestó:** La mayor en esa época MATILDE DE LA HOZ FLÓREZ, ella era la directora de Sanidad en esa época y después a ella la trasladaron y quedo el Teniente, el nombre se me olvida ahorita. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento de que ordenes le daban a la doctora NAUDYS, a excepción del contrato de prestación de servicios, si ella debía cumplir con otras actividades, protocolos dentro de la entidad. **Contestó:** Cuando no se iba a la zona rural a las estaciones, ella quedaba en consultorio de odontología atendiendo pacientes"

- Declaración de la señora **SIRLE ISABEL MADERA ROMERO**²⁷:

"Preguntado: Tiene usted conocimiento de que órdenes o que funciones le asignaban a la doctora NAUDYS MARTÍNEZ LUNA, dentro de la entidad. **Contestó:** Bueno, ella las labores que hacia eran de odontología, le tocaba lo normal que hace una odontóloga, colocar las calzas, hacer limpiezas, hacer promoción y prevención,

²⁶ Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 08:33 al minuto 33:15:00 CD-ROM folio 266-267

²⁷ Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 49:55:33 al minuto 58:37:00 CD-ROM-1, minuto 001:00 a 08:15. DR-ROM-2 (folio 266-267)

todo lo que hace una odontóloga. **Preguntado:** Usted tiene conocimiento si cumplía un horario la doctora NAUDYS MARTÍNEZ. **Contestó:** Si cumplía un horario, porque nos tocaba entrar de 07:00 de la mañana, a veces a las 08:00 hasta las 05:00 o 06:00 de la tarde, porque tocaba viajar a diferentes estaciones de aquí del departamento de Sucre, entonces nos tocaba, es más horario extendido porque no íbamos ni siquiera a almorzar, no teníamos tiempo para ir a almorzar, es más, a veces nos tocaba ir los domingos y los lunes festivos, porque cuando venían los grupos del ESMAD, cada vez que venían acá a Sincelejo tocaba atenderlos, y si venían un festivo, un lunes o un domingo tocaba también atenderlos ese día. **Preguntado:** Manifestó usted, que la labor se desempeñaba dentro de un horario de trabajo, quien les imponía ese horario de trabajo, existía un cronograma de labores, un cronograma efectivo de prestación de servicios durante la semana, si tiene conocimiento de la existencia de ese cronograma, quien les imponía el horario y quien les decía que labores se tenían que desempeñar, durante las semanas o durante el mes. **Contestó:** La Jefe de Sanidad, que en ese tiempo era MATILDE ELENA DE LA HOZ. **Preguntado:** Tiene conocimiento de quien era el jefe inmediato de la doctora NAUDYS MARTÍNEZ. **Contestó:** Era la Jefe de Sanidad. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento de en qué medios o como se trasladaba la doctora NAUDYS ARTÍNEZ, hacia los distintos municipios que usted nos refiere, para ejercer su profesión o desarrollar las actividades. **Contestó:** Bueno, allí en sanidad hay una camioneta, que es exclusivamente para el grupo, en esa camioneta nos transportaban a las distintas estaciones. **Preguntado:** Usted tiene conocimiento si la doctora NAUDYS MARTÍNEZ, podía manejar su propio horario, es decir hoy voy a las 10:00 o me voy a retirar a las cuatro porque que tengo que realizar algunas diligencias. **Contestó:** No, no se podía, porque había que cumplir el horario, porque todos teníamos que trabajar el mismo horario, teníamos que irnos todos, porque éramos un grupo de médicos, enfermeras, auxiliares, la odontóloga y psicóloga. **Preguntado:** Usted tiene conocimiento si la doctora NAUDYS MARTÍNEZ, desempeñaba también funciones de planta dentro de la institución o solamente se dedicaba al grupo NAIRU. **Contestó:** A veces hacia funciones de planta, porque de pronto, porque un médico no asistía, se le presentaba algún inconveniente, a ella le tocaba atender el horario de ese médico de planta, aquí en Sanidad y en la escuela de corozal”.

- Declaración del señor **OSWALDO MARCIAL CONTRERAS GÓMEZ**²⁸

²⁸ Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 05:15 al minuto 32:25:00 CD-ROM-2 (folio 266-267).

"Preguntado: Sabe usted o le consta, si la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA, cumplía un horario de trabajo dentro de la entidad, y si le consta que efectivamente lo cumplía, quien dentro de la entidad, le imponía el cumplimiento de ese horario. **Contestó:** Si me consta que se cumplía un horario, porque todos estábamos bajo las mismas condiciones, y el contrato así lo estipulaba, un cumplimiento de ocho horas diarias, incluso había días, en que se excedían las ocho horas de trabajo, por necesidad del servicio. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento desde que fecha empezó a trabajar la señora NAUDYS, con la Sanidad de la Policía. **Contestó:** Si tengo conocimiento, porque ella ingresó para las mismas fechas, para el mismo mes que ingrese yo, fue para el mes de agosto de año 2009. **Preguntado:** Tiene conocimiento cuando se le terminó o hasta cuando trabajo la señora NAUDYS MARTÍNEZ LUNA, con la Sanidad. **Contestó:** ella estuvo trabajando desde agosto del 2009, que era la misma fecha en la que yo ingrese, hasta el año 2012, porque ya para el año 2013 inició una nueva odontóloga en el grupo, ósea estuvo hasta diciembre. **Preguntado:** Conoce usted si los contratos que le hacían a la doctora NAUDYS MARTÍNEZ, eran continuos o se interrumpían. **Contestó:** Supuestamente había una interrupción de los contratos, le llamaban allá que de quince días, pero durante esos quince días a nosotros nos tocaba asistir, a ella y a todos los que estaban por contratación de prestación de servicios, inclusive a mí que también estaba bajo esa modalidad de contrato, me tocaba asistir a las instalación, a velar para que no se cayeran los procesos, no se cayeran los programas, y en el caso de la doctora para que no se atrasara la atención en las estaciones de los municipios. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento si la doctora NAUDYS MARTÍNEZ, podía manejar su propio horario. **Contestó:** No se podía manejar eso, por lo que como le digo, el grupo NAIRU, tenía una hora para salir, porque tenían que presentarse al Coronel POLO OVISPO, a tal hora tenían que estar en el Comando haciéndose la presentación al Coronel, era a las 07:00 a.m. y a la hora que regresaban, nuevamente la presentación, cuando le tocaba la atención acá en el área de sanidad, porque estuviese remplazando a alguno de los odontólogos de planta, por ellos encontrarse de vacaciones, la asignación de citas, no permitía estar llegando a horarios distintos de los que tenían las citas asignadas, y allá la atención se inicia a las 07:00 a.m. a esa hora ya debía estar atendiéndose la primer paciente.

Teniendo en cuenta lo depuesto por los testigos, para la Sala se encuentra demostrada la prestación personal del servicio por parte de la actora, en concordancia con la certificación visible a folios 238 C-2 Ppal.

Basta por considerar la subordinación, como nota característica de la verdadera relación laboral y que la diferencia, del contrato de prestación de servicios.

Para la Sala, de las declaraciones analizadas de forma individual, y en concordancia con las pruebas documentales, en especial los contratos y órdenes de pago ya referenciadas, dan por superado este elemento de la subordinación, así como prestación personal del servicio y la remuneración o salario devengado.

En este sentido, se concluye, sin efectuar mayor disquisición, que entre la Policía Nacional – Área de Sanidad y la señora NAUDYS DEL CARMEN MARTÍNEZ LUNA, existió una verdadera relación laboral, en tanto, el servicio que prestó como Odontóloga, implícitamente, al momento de ejercer las atribuciones encomendadas, envuelve el cumplimiento de las directrices u órdenes impartidas por su jefe inmediato; órdenes que, indudablemente, debía cumplir a cabalidad el contratista, a efectos de percibir su remuneración mensual, por ende, sin autonomía e independencia, pues, el cumplimiento del servicio personal contratado, dicho sea de paso, ejecutado en misma sede de la entidad, se encuentra sometida al control y establecimiento de horarios por parte de la entidad demandada, lo cual no es, sino una clara muestra de la subordinación como elemento de la teoría del contrato realidad alegado.

Así, el mismo objeto contractual, el cual se refería a la *"prestación de servicios profesionales como **odontóloga** para el desarrollo de las actividades descritas en la justificación hecha por parte de la Dependencia que requiere los servicios,..., con oportunidad, eficiencia y eficacia en EL- ÁREA DE SANIDAD, en las condiciones que determine el contratante, de acuerdo con sus necesidades y programación establecida"*, permite considerar, que se trata de aquellas labores propias del giro normal y obligacional de la entidad, específicamente el Departamento de Sanidad de la Policía Nacional.

Es de anotar que conforme, a lo certificado por la Policía Nacional-Sucre- Área de Sanidad, si bien y el cargo de odontóloga no se encontraba en la planta de personal, sus funciones eran equivalentes a las desarrolladas por el servidor misional grado 16²⁹, según como se puede corroborar del Manual Especifico de Funciones³⁰ (folio

²⁹ Folio 237, 239 y 240 C.Ppal.

³⁰ <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/descargables/manual-funciones-disan.pdf>

241), el cual una vez estudiado, se encuentra que tiene conexión directa con el contenido misional del Área de Sanidad de la Policía Nacional, cual es prestar el servicio público esencial en salud a sus afiliados y beneficiarios (Decreto 1795 de 2000), función que es desarrollada, claramente por la hoy demandante, con todo lo que conlleva su relación laboral, entiéndase, una prestación continua del servicio, una subordinación a los mandos jerárquicos de la entidad y claro está, una remuneración por sus servicios prestados.

Por consiguiente, es claro para esta Magistratura, que evidentemente hubo una sujeción o subordinación de la demandante, en la prestación de los servicios profesionales de odontología en la Policía Nacional – Área de Sanidad; por lo que esta Sala de Decisión, confirmará la sentencia de 16 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en cuanto se encuentra debidamente probada, la relación laboral entre las partes.

3.3. De la prescripción: En este punto, al haber continuidad en la prestación del servicio, el Tribunal toma el último vínculo contractual como extremo temporal para efectos de contabilización de los términos de prescripción. En tal sentido, el actor reclamó en sede administrativa el 29 de agosto de 2013 y el último contrato finalizó en diciembre de 2012, es evidente que a la fecha no había transcurrido el término de prescripción trienal de que trata la sentencia de unificación citada ut supra.

3.3.1. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 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 apelante, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA 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 del 16 de septiembre de 2016 por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte 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° 102.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA