JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso : **NRD 11001333503020190016800.**
Demandante : **Maribel Ramos Bolaños.**
Demandado : **Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional – Dirección de Sanidad.**
Decisión : **Sentencia Primera Instancia.**

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por MARIBEL RAMOS BOLAÑOS en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala la parte actora que MARIBEL RAMOS BOLAÑOS estuvo vinculada como *Auxiliar de Enfermería* en el HOSPITAL CENTRAL – HOSCEN-, entre el 7 de febrero de 2014 al 4 de julio de 2018, de manera ininterrumpida, bajo la figura de contratos de prestación de servicios. Que como la demandada desdibujó la naturaleza del contrato, puesto que para su ejecución se cumplían los tres elementos de existencia de un contrato de trabajo, peticionó el 26 de octubre de 2018 para que admitiera la existencia de una relación laboral por el tiempo que estuvo a su servicio y, por ende, le reconociera y pagara las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho equivalentes a las de un *Auxiliar Enfermería* de la planta orgánica de personal.

Que como la POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD le negó la declaratoria de existencia del contrato realidad y el reconocimiento y pago de las acreencias

salariales y prestaciones mediante el oficio S-2018-354955 del 15 de noviembre de 2018, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

b. Pretensiones.

PRIMERA: Que se declare la nulidad de los Oficios No. S-2018-354955/JEFAT-GADFI-2927 del 15 de noviembre de 2018 por medio de los cuales se negó el reconocimiento del vínculo laboral y pago de emolumentos salariales, prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social de MARIBEL RAMOS BOLAÑOS.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho se disponga:

a) El reconocimiento de la existencia del vínculo laboral entre LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL y mi poderdante, MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, quien se despeñó como AUXILIAR DE ENFERMERIA desde el 7 de febrero de 2014 hasta el 4 de julio de 2018, y en virtud de esto se ordene la cancelación de todos los emolumentos salariales (horas extras, recargos nocturnos y demás), prestacionales, y de seguridad social que se dejaron de cancelar durante todo el vínculo laboral.

b) El pago de la diferencia salarial existente entre lo pagado a la demandante y a un auxiliar de enfermería de planta y/o uniformado de la entidad demandada, así como la orden de liquidación de prestaciones sociales se haga tomando como base liquidatoria de lo percibido por un auxiliar de enfermería de planta y/o uniformado de la entidad demandada.

c) En razón a que nunca se consignaron las cesantías a que tiene derecho la demandante, se ordene el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías al fondo, como lo ordena la Ley.

d) Se ordene la devolución del aporte patronal a seguridad social, así como lo descontado a la demandante por haber sido vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

e) Se ordene la devolución de lo pagado por pólizas y demás descuentos realizados.

TERCERO: Las anteriores sumas dinerarias se deben actualizar de acuerdo con la variación del Índice de Precio al Consumidor IPC mes a mes entre la fecha en que se ocasionaron y la de pago y devengaran los intereses previstos en el artículo 195 inciso 3, 195 No. L 4 del CPACA y se ejecutarán en los términos establecidos en el artículo 192 inciso 2; se tramitará su pago de acuerdo al artículo 195 No. L 1, 2, 3 y se ajustará conforme al inciso 4 del artículo 187 del mismo código.

c. Normas violadas.

Invocó como normas vulneradas los artículos 1, 2, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política; artículos 22, 23 y 24 del C.S.T; la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 y los convenios 87, 98, 100 y 111 de la OIT; la Ley 100 de 1993, la Ley 80 de 1993 y los Decretos 806 de 1998, 1950 de 1973, y 2400 de 1968.

d. Concepto de violación.

Con cita de las normas legales anteriormente señaladas, el apoderado de la demandante aduce que existe violación a la normatividad aludida como quiera que el régimen jurídico colombiano establece que los empleos públicos deben ser ejercidos por personal que ostente la calidad de empleado público, lo que solo se logra mediante una vinculación laboral legal y reglamentaria; además, indica que según el Decreto 2400 de 1968 no existirá prestación del servicio a través de contrato de prestaciones de servicios cuando las funciones a desempeñar son de carácter permanente, y que para el cumplimiento de funciones continuas o permanentes, se debe crear el correspondiente cargo, situación que no ocurrió en el presente caso.

Manifiesta que las normas aludidas se infringieron por falta de aplicación, como quiera que, si bien las funciones que desempeñaba la demandante eran permanentes y continuas de la entidad, nunca se creó el correspondiente cargo, ni se vinculó a la demandante mediante relación legal y reglamentaria, manteniéndola vinculada a través de múltiples contratos de prestación de servicios por más de 4 años desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería; tiempo durante el cual, estuvo bajo continua subordinación, cumpliendo un horario impuesto por sus superiores, sin autonomía ni independencia en el desarrollo de las labores contractuales, por las que recibía a cambio una contraprestación económica.

Señaló que el acto administrativo demandando incurrió en una falsa motivación al negar la relación laboral que existió entre las partes, siendo las razones esgrimidas por la entidad, engañosas y contrarias a la realidad, desconociendo la primacía de la realidad sobre las formas y realizando una indebida calificación jurídica de los hechos y circunstancias en las que se desarrolló el vínculo, para tratar de evadir la obligación que le asiste a la parte actora y, por tanto, es procedente que se declare la nulidad del oficio por medio del cual se le negó el reconocimiento del vínculo laboral y el reconocimiento de emolumentos salariales, prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social.

Citó como fundamento de lo anterior la sentencia C-154 de 1997 proferida por la H. Corte Constitucional, así como múltiples pronunciamientos del H. Consejo de Estado[1], entre otras consideraciones.

[1] Expedientes 10022 del 20 de marzo de 1997; 76001233100019940998801 (16718) del 9 de octubre de 2003; 5501 del 17 de febrero de 2000; 2005-3074 del 19 de febrero de 2009, entre otros.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD no contestó la demanda, a pesar de habérsele notificado debidamente (fls. 160 y ss).

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue admitida mediante auto del 20 de mayo de 2019 (fls. 156 y 157), notificada al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD, al MINISTERIO PÚBLICO y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fl. 161 y 165), sin que la demandada hubiese constituido apoderado para la defensa de los intereses de la entidad.

Realizada la audiencia inicial donde se saneó el proceso, para el cual se precisó que la demanda fue notificada debidamente a la entidad al correo electrónico dispuesto para tal efecto, se fijó el litigio, como no fue contestada la demanda no hubo lugar a resolver excepciones previas y, ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada, se declaró fallida la conciliación y se decretaron las pruebas a que hubo lugar, fijando fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

Celebrada la audiencia de pruebas, donde se recepcionaron el interrogatorio de parte y uno de los testimonios solicitados, se prescindió de los demás y, al verificar que se había recaudado la totalidad del material probatorio decretado, se declaró clausurado el periodo probatorio; por ende, se corrió traslado a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la parte actora, en su alegato conclusivo, se ratificó en los fundamentos jurídicos de sus pretensiones, señalando que dentro del plenario se probaron los elementos de prestación personal del servicio, dependencia o subordinación a través del cumplimiento de los horarios exigidos por la entidad, y el salario como retribución del servicio, necesarios para la configuración del contrato realidad; que para el desarrollo de las labores encomendadas no existió autonomía técnica ni científica, laborando bajo las órdenes estrictas del jefe y los médicos, que

la vinculación fue permanente y continua, demostrando que no debió hacerse por medio de contratos de prestación de servicios, sino mediante nombramiento en la planta de la entidad.

Aduce que aunque la actora tenía el mismo trabajo y obligaciones que los auxiliares de enfermería de planta, su asignación era inferior, vulnerando así el principio de "trabajo igual salario igual", concluyendo que ante la existencia de una relación laboral entre las partes, el acto administrativo demandado vulnera todas las disposiciones que regulan la vinculación laboral y, por tanto, debe ser declarado nulo, siendo procedente que se ordene el pago de los emolumentos solicitados.

Sostiene que acorde con el Decreto 1042 de 1978, hay lugar al pago del trabajo suplementario como son las horas extras una vez superadas las 44 horas semanales que constituyen la jornada de trabajo de los empleados públicos, el recargo por trabajo nocturno desempeñado entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana y el trabajo dominical; así mismo, solicita la aplicación de la Ley 50 de 1990 que dispone el pago de una indemnización por la no consignación de las cesantías, la cual no puede negarse con el argumento de que la entidad no sabía que la vinculación existente era de carácter laboral, puesto que esta simple creencia no elimina la obligación del pago al no poder alegarse el principio de la buena fe.

Finalmente, indica que al haber existido buena fe objetiva por parte de la demandada, sino que por el contrario, se sustrajo de sus obligaciones patronales de manera concurrente y desconsiderada, es procedente no solo el reconocimiento de la relación laboral, sino la orden de pago del trabajo supletorio y de las indemnizaciones a que hay lugar.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada en su alegato conclusivo, sostuvo que los actos administrativos acusados se expidieron conforme a la ley, como quiera que las actividades desarrolladas por la demandante no podían llevarse a cabo con el personal de planta y requerían de conocimientos especializados en enfermería auxiliar, por lo que se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales en el que se acordó expresamente que el mismo no genera relación laboral; que realizar una determinada actividad siguiendo unas pautas para su ejecución no otorga al contratista el status de empleado público, por cuanto se requiere de una vinculación legal y reglamentaria, una planta de personal, un determinado régimen legal y la correspondiente disponibilidad

presupuestal, que son elementos necesarios para que se reconozcan y paguen prestaciones sociales.

Que la actora no se cumple con los elementos constitutivos de la relación laboral, porque no hubo una labor dependiente y subordinada en el cumplimiento de las actividades descritas en el objeto del contrato, afirmando que las ordenes de prestación de servicios no ocultan una relación laboral, ya que no tenían identidad total con las funciones del empleado de planta en dicha profesión por cuanto son más amplias y permanentes, mientras que el contratista solo debía ceñirse a su objeto contractual y, así mismo, tenía carácter temporal porque cumplido el plazo del contrato expiraba las obligaciones bilaterales del mismo, precisando que la tesis jurisprudencial, en reiterados fallos, ha indicado que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no podría considerarse como una relación laboral por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, no de subordinación.

Afirma que como no se probaron los elementos constitutivos de una relación laboral, no es posible afirmar que las órdenes de prestación de servicios simularon un verdadero vínculo laboral, sino que constituyen una relación contractual respaldada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo tanto, no se genera el pago de prestaciones sociales. Solicita que se declare la prescripción, pues el derecho a reclamar el vínculo laboral prescribió respecto de los contratos con antigüedad superior a los tres años contados a partir de la fecha de la reclamación formulada, por cuanto de la documental aportada se observan interrupciones entre contrato y contrato que permiten aplicar esta figura extintiva de derechos, en especial la interrupción entre el 06 de agosto de 2016 y el 01 de diciembre de 2016. Fundó sus argumentos en la sentencia del 4 de mayo de 2001, expediente 15678 proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y los fallos del 5 de junio de 2014[2] y del 11 de marzo de 2014[3] del H. Consejo de Estado.

El Agente de Ministerio Público en esta oportunidad guardó silencio del traslado para alegar de conclusión.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

[2] Radicado 76001-23-25-000-2003-00126-01, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno

[3] Radicado 68001 23 33 000 2012 00120 01 M.P. Alfonso Vargas Rincón.

a. Del caso a debatir.

Se discute en esta oportunidad la legalidad del acto administrativo S-2018-354955 del 15 de noviembre de 2018, por medio del cual el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD negó el reconocimiento y pago de los factores salariales y prestacionales a MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, por haber prestado sus servicios como *Auxiliar de Enfermería* entre el 7 de febrero de 2014 al 4 de julio de 2018, bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

b. Tesis de la parte demandante.

Como la vinculación de la actora por varios años en la modalidad de contratista simuló una verdadera relación laboral, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales y prestacionales que le corresponden a un empleado par de planta.

c. Tesis de la parte demandada.

Como la actora fue contratada a través de la figura del contrato de prestación de servicios, no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales, ya que no existió vínculo laboral entre las partes.

d. Acervo probatorio recolectado.

Se allegó al proceso, en legal forma, los medios probatorios siguientes:

- Petición del 26 de octubre de 2018, con la cual MARIBEL RAMOS BOLAÑOS solicitó al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD el reconocimiento y pago de sus factores salariales y prestacionales (fl. 30 a 32).

- Oficio S-2018-354955/JEFAT-GADFI-29.27 del 15 de noviembre de 2018, expedido por el Jefe de la Seccional Sanidad Bogotá del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a MARIBEL RAMOS BOLAÑOS (fls. 33 - 35).

- Fotocopia del oficio No. S-2018091176/SUDIR-GUTAH-29, mediante el cual, se informa a la parte actora cual era el salario devengado por un auxiliar de enfermería de planta para los años 2014 a 2018 indicando, además, las prestaciones y demás, factores devengados por esos funcionarios (fl. 92)

- Certificaciones expedidas por la Dirección de Sanidad del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL del 02 de marzo de 2017, del 8 de noviembre de 2018, del 11 de abril de 2019, en el cual consta que MARIBEL RAMOS BOLAÑOS suscribió ordenes de prestación de servicios desde el 07 de febrero de 2014, desempeñando actividades como "AUXILIAR DE ENFERMERÍA" en el HOSPITAL CENTRAL (fls. 90, 91 y 150).

- Copia simple de las planillas de turno de los auxiliares de enfermería de los meses de febrero a diciembre de 2014, de enero a diciembre de 2015, de febrero a diciembre de 2016, de enero a diciembre de 2017, de enero a julio de 2018 (fls. 94 a 147).

- Fotocopia de las planillas de pagos realizados por la demandante con destino a salud, pensión y riesgos profesionales (fls. 61, 65, 76, 77, 78, 88, 89, 148).

- Pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional suscritas por la demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos (fl 42 a 45, 53 a 54, 62 a 64, 72 a 74 y 85 a 87).

- Trámites pertinentes para agotar el requisito de procedibilidad de la acción ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 153).

- Copia de los contratos suscrito entre MARIBEL RAMOS BOLAÑOS y LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD (fls 36 a 40, 46 a 52, 55 a 60, 66 a 71, y 79 a 84).

- En audiencia de pruebas del 2 de marzo de 2020 se recibió el interrogatorio de parte a la demandante y el testimonio de ANGIE CAROLINA HENAO AGATÓN (CD fl. 178).

e. Problemas jurídicos por resolver.

¿Existió una verdadera relación laboral entre las partes en contienda? En caso afirmativo: ¿Cuáles son los efectos del contrato realidad? Examinado a la luz del nuevo precedente judicial ¿Ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción?

f. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Para resolver el conflicto planteado acudiremos a los valores justicia, equidad y solidaridad, a la directriz de que como el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; a los principios de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; a los derechos del trabajo, la seguridad social y la igualdad, y que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de garantizar su efectividad, todos consagrados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 122, 123,125, 209, 228, 230, 269, entre otros, de la Constitución Política de 1991 de un lado y, por otro, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios y el artículo 81 del Decreto 1510 de 2013 que da la posibilidad a las entidades estatales de contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato.

Del Contrato Realidad.

Para resolver el tópico de si en el presente evento los contratos de prestación de servicios *ut supra* simularon una verdadera relación laboral se observará la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, entre

otros, referidos por la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 614 de 2009 en la que recapituló:

> "…2.6. PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL
>
> 2.6.1. Protección constitucional general al empleo
>
> Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.
>
> En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en "estados de excepción", los derechos de los trabajadores, pues establece que "el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo"; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de "dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos" y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.
>
> La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación

de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como "aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración" [11]. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12] . Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran "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//En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable" [13].

En múltiples oportunidades [14], la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.".

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del

personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15].

Y, también en varias ocasiones [16] , esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

"…la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales

y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas" [17]

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto "la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley" [18]. Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los

sujetos de las relaciones laborales" tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que "la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente" [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20]

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que "si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo" [22]

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, "pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados" [23].

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

"La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24]. Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado ; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que "todos los

asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa".

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa".

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el "vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto".

(….)

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

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 [32], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

"…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 [33]).

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 [34]). 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 vinculo 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 [35]).

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 [36] 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 …" [37] (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 [38], 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 habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes [39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40], a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42]. 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 [43]

En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución.

(…)

2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL

A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing.
(…)

> Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45].
>
> De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.
>
> (…)
>
> Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.
>
> (…)
>
> En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.
>
> En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.
>
> (…)

Que la anterior línea jurisprudencial fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012, a través de catorce reglas, así:

6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:

(i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinando los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53

Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

(xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la

> prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

Como el precedente judicial del H. Consejo de Estado en materia de "contrato realidad" es unánime y coincidente con el Máximo Tribunal Constitucional, al considerar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, no pueden constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la DIRECCIÓN DE SANIDAD - POLICÍA NACIONAL – HOSPITAL CENTRAL, utilizó dichos contratos para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Del caudal probatorio allegado legalmente a la actuación se desprende que entre el 7 de febrero de 2014 y el 4 de julio de 2018, de manera interrumpida, la demandante MARIBEL RAMOS BOLAÑOS prestó sus servicios personales al HOSPITAL CENTRAL de la POLICÍA NACIONAL, mediante la suscripción de diversos contratos estatales denominados "contrato de prestación de servicios profesionales y/o técnicos" para realizar labores como *auxiliar de enfermería* a través de los contratos **81-7-20016-14**, ejecutado del 7 de febrero al 06 de diciembre de 2014; **81-7-201839-14**, ejecutado del 11 de diciembre de 2014 al 12 de noviembre 2015; **81-7-20926-15**, ejecutado del 10 de noviembre de 2015 al 06 de agosto de 2016; **81-7-201631-16**, ejecutado del 1 de diciembre de 2016 al 28 de febrero de 2017; **81-7-20049-17**, ejecutado del 06 de marzo al 05 de noviembre de 2017, y donde las obligaciones contractuales para las tareas de *auxiliar de enfermería* señalan:

> **1.)** Contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad policial donde preste sus servicios, revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios. **2.)** Colaborar y propender por el cuidado de los recursos de la entidad (físicos, técnicos y económicos) incluida la propiedad intelectual y derechos de autor, y elementos entregados por la **DIRECCIÓN DE SANIDAD**, para la debida ejecución de las actividades convidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados y a devolverlos a la institución a la terminación del presente contrato. Así como se responsabiliza de los daños o pérdida que sufran estos, a excepción del deterioro natural por el uso, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 2202, 2203, 2204 del Código Civil, pero no será responsable en los eventos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor. Los bienes que entregue la entidad al CONTRATISTA para el desarrollo de las tareas objeto del presente contrato, se hará mediante inventario, el cual se suscribirá al inicio del contrato **3)** Colaborar con los entes de control de la entidad o del Estado cuando así se requiera. **4)** ejercer su profesión con moral y ética. **5)** Hacer parte de los comités académicos, administrativos, de casos especiales, estructuradores y de evaluación de las contrataciones administrativas que lleven a cabo la Dirección de Sanidad para los cuales sea designado, asumiendo las obligaciones establecidas en el acto de designación sin perjuicio del

cumplimiento de sus obligaciones contractuales . **6)** Rendir los informes que la Dirección de Sanidad requiera dentro de los plazos determinados. **7)** Aplicar el conocimiento profesional en las actividades a desarrollar, emitir conceptos ue se requieran. **8)** Guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada y se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular y responderá patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por si o por un tercero se cause a la administración o a un tercero. **9)** Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y en trabamientos que puedan presentarse. **10)** Es obligación del contratista cumplir con sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 en concordancia con el Decreto 1703 de 2002, Decreto 510 de 2003, Ley 797 de 2003, Ley 797 de 2003, Ley 828 de 2003 y Ley 1122 de 2007, lo cual se constituirá en requisito previo para cada uno de los pagos pactados; siempre y cuando el plazo del contrato sea superior a tres (3) meses. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, el incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se de el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora. Cuando la ejecución del contrato se observe la persistencia de este incumplimiento, por cuatro (4) meses la entidad estatal dará aplicación a la clausula excepcional de caducidad administrativa. **11)** Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a los funcionarios de la **POLICÍA NACIONAL**. **12)** Cinco días antes de la terminación del contrato, el contratista debe presentar al supervisor del mismo un informe consolidado sobre todas las actividades desarrolladas durante el término de su ejecución, así mismo hará entrega de los bienes inventariados para el desarrollo de las tareas del objeto contractual. **13) El CONTRATISTA** se compromete a realizar las actividades propias para las que fue contratado dando cumplimiento a la normatividad y a las leyes vigentes de carácter general e interno que guarden relación con el Sistema de Gestión Integral (MECI, CALIDAD Y SISTEDA). **14)** Hacer el recibo y entrega de turno de acuerdo a las necesidades de la prestación del servicio en los ámbitos de atención de enfermería, este deberá realizarse con el equipo de trabajo en conjunto – Apoyar a los profesionales de la salud en procedimientos especiales a fin de coadyuvar en la atención integral al paciente- Aplicar los procesos de ingreso y egreso hospitalarios – Atender a pacientes de alta, mediana y baja complejidad - Desarrollar procedimientos pre y pos operatorios a los pacientes, observando permanentemente su evolución, signos vitales, administración de líquidos y estado general del mismo. – Mantener informada a la enfermera jefe sobre los procedimientos, exámenes realizados y cambio que observen los pacientes – Preparar, administrar u registrar medicamentos mezclas y tratamientos especiales; lo anterior en el SISAP o en el sistema de registro implementado. – Supervisar la administración de hemocomponentes y cumplir con el protocolo de administración de los mismos. – Participar en los programas docentes asistenciales que desarrolle la Dirección de Sanidad mediante convenios con otros centros educativos o de formación (Universidades, institutos, EPS, IPS, etc). – Dar cumplimiento a los protocolos instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes en las áreas de atención, promoción, prevención y rehabilitación con el fin de garantizar la calidad de la prestación de los servicios. – Participar en las brigadas de salud programadas con la Dirección de Sanidad en aquellos sitios donde la entidad lo requiera – Asistir y participar de las capacitaciones que el HOCEN Y LA DIRECCION DE SANIDAD dispongan para la socialización de órdenes de servicio, instructivos y directivas para el funcionamiento de la sanidad Policial. - Dar cumplimiento y realizar seguimiento a las directivas institucionales que procedan para la prestación del servicio. – Registrar y diligenciar en SISAP Y PANEL DE ENFERMERIA las actividades realizadas por parte del personal de bioseguridad, vigilancia epidemiológica, control de infección intra-hospitalaria, de forma que asegure un ambiente sano y seguro a los pacientes. – Participar en la definición, estandarización de los protocolos o instrumentos metodológicos de manejo de atención de pacientes en las tareas de atención,

> promoción prevención y rehabilitación con el fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios. – Cumplir con el decálogo genérico para a atención del usuario. – Trato humanitario.

Que en la declaración rendida por MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, afirmó que prestó sus servicios al HOSPITAL CENTRAL de la POLICÍA NACIONAL desde febrero de 2014 y hasta junio de 2018, desempeñándose como auxiliar de enfermería, que fue vinculada bajo las modalidades de contrato de prestación de servicios, cumpliendo con un horario de trabajo, inicialmente de 1:00 pm a 7:00 pm en el servicio de urgencias, y posteriormente de 7:00 am a 1:00 pm en hospitalización - medicina interna, del cual se llevaba registro en el departamento de enfermería mediante listas, y el cual era impuesto por sus jefes inmediatos de piso y de departamento, que su labor de *Auxiliar de Enfermería* la desempeñaba de manera personal y con los elementos que le proveía el mismo hospital y, además, que de lo que le pagaba mensualmente la entidad, como cualquier contratista, debía pagar salud, pensión y riesgos laborales, y que no se le reconocieron prestaciones sociales; que se presentaban interrupciones entre la suscripción de los contratos, y que en el 2016 tuvo una licencia de 40 días por maternidad, la cual fue pagada por la EPS.

En el testimonio rendido por ANGIE CAROLINA HENAO AGATÓN, quien se desempeñó en el HOSPITAL CENTRAL como Enfermera Jefe y entre sus funciones estaba la de verificar y coordinar las labores de los auxiliares de enfermería, fue coincidente respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de prestación del servicio; adicionalmente, sostuvo que no existían diferencias tangibles entre las funciones desempeñadas, los horarios de ejecución, condiciones del servicio y la evaluación de las funciones realizadas por los empleados de planta, es decir, aquellos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y los contratistas vinculados por órdenes de prestación del servicio.

Así, analizado el haz probatorio de manera conjunta, a la luz de los principios que rigen la sana crítica, se colige que la vinculación de la actora al HOSPITAL CENTRAL de la POLICÍA NACIONAL, para que cumpliera labores de *auxiliar de enfermería* fue **personal, subordinada, remunerada y permanente,** motivo por el cual los contratos estatales *ut supra* simulan una verdadera relación laboral toda vez que las actividades que debía cumplir corresponden a funciones propias y permanentes de la entidad, se pueden realizar con personal de planta, no requieren de conocimientos especializados, eran prestadas de manera personal en un estricto horario de trabajo impuesto por las directivas de la entidad, sin independencia y autonomía para su ejecución porque le impartían órdenes, era vigilada y controlada por sus jefes

inmediatos, no fue temporal porque se prolongó por más de cuatro (4) años de manera ininterrumpida[4], y donde la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor, entre otros aspectos.

Siendo la labor de *auxiliar de enfermería* inherente al objeto social de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y, por ende, de carácter permanente -no se puede dejar de realizar-, y no habiendo explicado el ente demandado por qué la labor desplegada por la actora no se puede realizar con personal de planta, máxime cuando dicha función es equiparable con las desempeñadas por personal de planta de la entidad como consta en el "Manual de Funciones y Competencias Específicas para los empleos de la planta de empleados públicos de la Dirección de Sanidad" (Resolución 507 del 20 de agosto de 2014), más exactamente con las del cargo denominado *Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 28* o su equivalente, quien tiene a su cargo la prestación del servicio de enfermería y demás relacionadas; por tanto se concluye que no debe ser cumplida a través de contratos estatales, so pena de desconocerse los derechos salariales y prestacionales de los vinculados mediante esta modalidad y de acuerdo con el precedente judicial ampliamente citado.

De modo que, no se comparten los planteamientos esgrimidos por la entidad en los alegatos de conclusión al exponer que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados conforme las facultades que tiene la administración y acorde a la ley, cuando precisamente al examinar la ejecución de los mismos se establece que estos ocultan o simulan una verdadera relación laboral dado que no se trata del cumplimiento de unas funciones transitorias que requieran conocimientos especializados que no pueden ser realizadas por personal de planta.

Lo expuesto constituye argumento suficiente para concluir que en el *sub judice* se ha desconocido el precedente constitucional y contencioso administrativo citado, que recomienda para estos casos, en aras de hacer prevalecer los principios de la administración pública, la creación de los cargos, máxime cuando no resulta razonable hablar de una actividad temporal de más de cuatro (4) años, como lo advierte la H. Corte Constitucional en las sentencias C- 614 de 2009 y C - 171 de 2012, entre otras.

---

[4] Si bien de las copias de los contratos suscritos para los años 2014, 2015, 2016, 2017, y 2018 se desprende que se realizaron una interrupciones esta obedeció, a una licencia de maternidad, por el término cuarenta (40) días hábiles.

- **De los efectos de la declaratoria de existencia del contrato real.**

En sentencia unificadora del 25 de agosto de 2016[5] la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ante las diferencias de criterios que existían entre las salas A y B sobre los efectos de la declaratoria de la existencia del contrato realidad, se expuso:

> "…Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que sí lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.
>
> Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efectos de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.
>
> Pero lo anterior no es óbice para la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA "*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto , y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño*", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorio que el sistema normativo prevé. "

[5] Radicación 23001233300020130026001 (0088-2015). MP doctor CARMELO PERDOMO CUÉTER, Actor, Lucinda María Cordero Causil.

Así las cosas, teniendo en cuenta la sentencia de unificación de nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los efectos de la declaración del contrato realidad serán a título de **restablecimiento del derecho** por considerar que es la que se ajusta a la naturaleza de la acción enervada y los valores, principios, directrices, derechos constitucionales y legales desarrollados por el precedente judicial constitucional citado, haciendo la precisión de que en esta oportunidad se debe reconocer y pagar a la demandante es la diferencia que surge **entre lo que debe devengar por concepto de factores salariales[6] y prestacionales[7]** una *Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 28* par de planta o un equivalente del HOSPITAL CENTRAL de la POLICIA NACIONAL y lo pagado a la actora entre el 7 de febrero de 2014 al **5 de noviembre de 2017**, por el tiempo de duración de los contratos suscritos, a fin de preservar el derecho a la igualdad entre unos y otros, y de paso ajustar lo indicado en el precedente judicial contencioso.

Es necesario precisar que, si bien la parte actora en el escrito de demanda y en su declaración de parte indicó que prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Central de la Policía hasta el 4 de julio de 2018, revisado el expediente no se evidenció contrato alguno suscrito con posterioridad al 5 de noviembre de 2017, ni ninguna otra documental que permita corroborar tal aspecto; así mismo, las certificaciones de los contratos aportadas por la parte demandante tampoco dan cuenta de dicha vinculación a pesar de haber sido expedidas el 8 de noviembre de 2018 y el 11 de abril de 2019, y sin que la parte interesada, a pesar corresponderle la carga probatoria, las hayan tachado de falsas o haya realizado algún esfuerzo para respaldar el dicho de que efectivamente el servicio se prolongó hasta la fecha pretendida en la demanda; por lo tanto, el despacho se atendrá a la documental obrante en el expediente, según la cual la relación contractual finalizó el 5 de noviembre de 2017.

En todo caso, al tener la presente sentencia carácter constitutivo, se advierte que no es posible reconocer sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, o

---

[6] Según los factores salariales que el Gobierno Nacional haya establecido año por año mediante decreto en cumplimiento de las Leyes 4 de 1992 y 269 de 1996, y los Decretos 190 de 2014, 1120 de 2015, 238 de 2016 y 1007 de 2017 *"Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos públicos de los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional."*, entre otros, y que la actora acredite los requisitos para tener derecho.

[7] Por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías, entre otros.

por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, porque es a partir de la presente decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

Tampoco se ordenará reconocer factor extralegal o convencional alguno a la demandante toda vez que, además de no haberse precisado su existencia y vigencia, no se expuso su fundamento constitucional o legal, máxime cuando no se le está reconociendo la calidad de trabajadora oficial o empleada pública sino declarando la existencia de una relación laboral con unas consecuencias específicas.

Ahora, en cuanto al reconocimiento y pago de trabajo suplementario, como quiera que estos emolumentos son factores salariales establecidos para los empleados públicos que cumplan con las condiciones señaladas en los artículo 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978 y sus posteriores modificaciones, como la actora no ostentó tal condición ni estuvo sujeta a la jornada ordinaria laboral prevista en el mencionado decreto, no resulta procedente el reconocimiento de horas extras ni recargos por laborar en horario nocturno, dominical o festivo, de conformidad con lo manifestado el H. Consejo de Estado[8], reiterando que la presente sentencia no le otorga la demandante la calidad de empleada pública.

No se dispondrá la devolución de lo pagado por la actora por concepto de las primas de las pólizas de seguro, toda vez que dichos pagos fueron necesarios para garantizar la efectiva prestación del servicio de la demandante dentro de los contratos celebrados con el ente público.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado y, por ende, la existencia de la relación laboral entre MARIBEL RAMOS BOLAÑOS y el HOSPITAL CENTRAL de la POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD y, a título de restablecimiento, se ordenará reconocer y pagar a la demandante las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 28*, par de planta o equivalente de la entidad entre el **7 de febrero de 2014 al 5 de noviembre de 2017**, según la duración de los contratos suscritos por la demandante.

---

[8]Radicados 81001 23 33 000 2013 00118 01 (0973-16) del 26 de octubre de 2017 y 66001 23 33 000 2013 00091 01 (0237-14) del 6 de octubre de 2016, M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; y 68001233100020090014601(1773-15) del 6 de octubre de 2016, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

La entidad demandada deberá asumir lo que le corresponda en materia de aportes para pensión, salud y riesgos laborales durante el periodo que duró la relación *sub lite* según el ingreso base de cotización y liquidación, razón por el cual debe actuar en consecuencia ante los correspondientes entes de previsión. No obstante la demandada deberá realizar las compensaciones o descuentos, debidamente indexados, a que haya lugar al momento de pagar las sumas ordenadas por concepto de aportes que la demandante deba hacer por ley. En el evento en que los aportes para salud y pensión realizados por la actora hayan sido superiores, le reconocerá y pagará las respectivas diferencias. No se ordena devolución alguna por concepto de caja de compensación por no haber la demandante acreditado pago alguno por dicho aspecto y estar a cargo exclusivo del empleador.

Por otro lado, se acoge la tesis de que la reclamación en sede administrativa se debe presentar dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización del último vínculo contractual so pena de que opere el fenómeno de la prescripción; no obstante, como en el presente evento la demandante el 26 de octubre de 2018 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su último contrato (5 de noviembre de 2017), de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ante el carácter constitutivo del derecho a partir la presente sentencia, y lo señalado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 citada, no se declarará la prescripción de pago alguno.

Por ende, se ordenará que las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contratos referidos y lo aquí ordenado sean pagadas a la actora, debidamente indexadas, por la entidad en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha en que se causó el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Igualmente, la demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

- **De las costas.**

Como el apoderado de la parte demandante en las pretensiones de la demanda no solicitó la condena en costas a la parte vencida, se infiere que no tiene interés en probarlas en las que incurrió la parte actora, y como quiera que las pretensiones prosperaron parcialmente, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, no se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo S–2018-354955/JEFAT-GADFI-29-27, del 15 de noviembre de 2018, proferido por la DIRECCIÓN DE SANIDAD - POLICÍA NACIONAL, mediante el cual se negó a MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

Segundo.- Declarar la existencia de una relación laboral entre la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD - HOSPITAL CENTRAL, entre el periodo del 7 de febrero de 2014 al 5 de noviembre de 2017, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, a la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD - HOSPITAL CENTRAL, reconocer y pagar a MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, identificada con C.C. 35.529.397, las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 28* par de planta o su equivalente de la entidad entre el 7 de febrero de 2014 y el 5 de noviembre de 2017, según la duración de los

contratos suscritos por la demandante –observando las interrupciones y/o suspensiones- y las sumas percibidas con ocasión de los mismos, acorde con lo probado y expuesto.

Cuarto.- Ordenar a la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD - HOSPITAL CENTRAL asumir y realizar los respectivos aportes, en la proporción que le corresponda, por concepto de salud, pensión y riesgos laborales en los entes de previsión que la actora haya estado afiliada entre el 7 de febrero de 2014 al 5 de noviembre de 2017, de conformidad con lo expuesto

Quinto.- Ordenar a la NACIÓN – POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD – HOSPITAL CENTRAL realizar los descuentos que por concepto de aportes para seguridad social deba efectuar MARIBEL RAMOS BOLAÑOS, entre el 7 de febrero de 2014 al 5 de noviembre de 2017, según el ingreso base de cotización y liquidación, o pagarle a esta las diferencias que por este concepto resulten a su favor, de conformidad con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar a la actora las sumas dinerarias que surjan de lo aquí ordenado debidamente indexadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

Séptimo.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Octavo.- Sin condena en costas.

Noveno.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Décimo.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez

EGMZ/APGR

Firmado Por:

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGUELLO
JUEZ
JUEZ - ORAL 030 DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación: **17c14b4524e4591306ce2b5b0b563d7a00d0997125fb0aa598a6527f646a7714**
Documento generado en 03/08/2020 08:01:17 a.m.