



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, once (11) de mayo del dos mil veinte (2020)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: DIEGO ANDRES MIRQUEZ FLÓREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Radicado 73001-33-33-010-2017-00075-00
Asunto: Contrato realidad - reconocimiento de prestaciones sociales
Sentencia: 0024

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió DIEGO ANDRES MIRQUEZ FLÓREZ en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del oficio No. S – 2016 JEFAT – 29 del 10 de noviembre de 2016, por medio del cual el jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima (E), previa solicitud hecha al Comandante Departamental, negó al demandante el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales durante la vigencia de los siguientes contratos de prestaciones de servicios:

CONTRATO	VALOR MENSUAL	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
40 7 20014 - 2012	\$1.096.284	09/02/2012	08/08/2012
40 7 20107 - 2012	\$1.096.284	25/08/2012	01/07/2013
40 7 20136 - 2013	\$1.096.284	29/07/2013	01/07/2014
40 7 20150 - 2014	\$1.140.135	10/07/2014	16/12/2014
40 7 20230 - 2014	\$1.140.135	17/12/2014	31/08/2015
87 7 20188 - 2015	\$1.140.135	10/09/2015	31/05/2016

1.2 Ordenar a título de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar el valor equivalente a las prestaciones salariales y sociales devengadas por los empleados públicos administrativos de planta de la Policía Nacional tales como cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios, primas de vacaciones, primas de servicios y primas de navidad, la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, compensación en dinero de las vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral en lo que le corresponde al nominador, auxilio de transporte y subsidio de alimentación; entre otros rubros que deberán ser cancelados debidamente actualizados a los valores monetarios reales, conforme al índice de precios al consumidor (IPC), o al por mayor durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios descritos en el numeral anterior.

1.3 Ordenar reconocer y pagar en favor de Diego Andrés Mirquez Flórez, el valor del trabajo que sobrepasa la jornada máxima legal, dominical y festivo devengado por los empleados públicos administrativos de planta de la Policía Nacional durante el tiempo laborado en vigencia de los contratos de prestación de servicios descritos.

1.4 Ordenar reconocer la indemnización de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 subrogado por el art. 5º de la Ley 1071 de 2006 hasta el día en que ocurra el pago real y material de las cesantías definitivas adeudadas en favor de Diego Andrés Mirquez Flórez.

1.5 Ordenar reconocer y pagar las sumas que resulten de actualizar los valores de las condenas, a los valores monetarios reales conforme al índice de precios al consumidor (IPC), o al por mayor.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1.- Que Diego Andrés Mirquez Flórez, fue por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de los contratos de prestación de servicios No. 40 7 20014 – 2012, 40 7 20107 – 2012, 40 7 20136 – 2013, 40 7 20150 – 14, 40 7 20230 – 14 y 87 7 20188 – 15 cuyo objeto fue la prestación de servicios como auxiliar de enfermería en el área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima; los mismos que se ejecutaron en desarrollo de los programas misionales y permanentes que la entidad contratante llevaba a través del área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima; entre el 9 de febrero de 2012 al 31 de mayo de 2016

2.2.- Que las labores ejecutadas por Diego Andrés Mirquez Flórez, se desempeñaron personalmente y de manera ininterrumpida, según los turnos que para el efecto le fijaba la enfermera jefa de la referida área de sanidad, en las horas y días programados por la Dirección de Sanidad de Policía del Tolima, en jornadas ordinarias de seis (6) y ocho (8) horas diarias, incluidos algunos domingos y festivos. Supervisados y controlado por las enfermeras jefes de planta al servicio de sanidad de la Policía Nacional en el Departamento del Tolima.

2.3.- Que para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, existían dos auxiliares de enfermería de planta y quince (15) auxiliares de enfermería por contrato de prestación de servicios en el área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima.

2.4.- Que el 8 de agosto de 2016, el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, elevó la correspondiente solicitud ante el señor Comandante de Policía en el Departamento del Tolima, para efectos de que le fuera reconocida su relación laboral durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios No. 40 7 20014 – 2012, 40 7 20107 – 2012, 40 7 20136 – 2013, 40 7 20150 – 14, 40 7 20230 – 14 y 87 7 20188 – 15 cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como auxiliar de enfermería en el área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima, y como corolario de ello, el pago de una serie de acreencias prestacionales.

2.5.- Que el Departamento de Policía del Tolima, a través del oficio No. S – 2016 JEFAT – 29 del 10 de noviembre de 2016 niega la reclamación solicitada. Sin dar la posibilidad de presentar recursos contra el mismo.

2.6.- El demandante durante el tiempo en que prestó sus servicios, es decir, del 9 de febrero de 2012 al 31 de mayo de 2016, se desempeñó con eficiencia, responsabilidad, decoro, honestidad, colaboración, entusiasmo y lealtad con la entidad y sus empleados y, jamás fue sancionado por el servicio prestado.

2.7.- La propiedad de los implementos, materiales, equipos e insumos utilizados por el demandante en la prestación personal del servicio como auxiliar de enfermería estaba a cargo del Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

2.8.- Que a través del derecho de petición adiado el 8 de agosto de 2016, Diego Andrés Mirquez Flórez, solicitó al Jefe de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima suministrar la siguiente documentación e información, con resultados infructuosos, toda vez que nunca la remitieron: A) copia autentica junto con las actas de iniciación y liquidación de los contratos de prestación de servicios celebrados. B) Certificar la vigencia de los contratos de prestación de servicios celebrados. C) Copia autentica de los certificados de disponibilidad presupuestal de los contratos de prestación de servicios celebrados. D) Certificar quien era la persona que vigilaba al interior de la unidad de trabajo las actividades que desempeñaban los auxiliares de enfermería que prestaron sus servicios en el área de sanidad de la Policía Nacional del Municipio de Ibagué durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. F) Indicar cuantos auxiliares de enfermería tenían vinculación a través de contrato de prestación de servicios en el área de sanidad de la Policía Nacional del Municipio de Ibagué durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016. G) Indicar si los auxiliares de enfermería desarrollan actividades misionales y permanentes al interior del área de sanidad de la Policía Nacional en el municipio de Ibagué. H) Copia del expediente administrativo contenido de la hoja de vida de Diego Andrés Mirquez Flórez. J) Copia autentica del Decreto y/o acto administrativo por medio del cual se fijó el manual de funciones y requisitos mínimos para los Auxiliares de Enfermería en el Departamento de Policía del Tolima – Área Sanidad en los años 2012 al 2016, indicando salario mensual asignado, primas, bonificaciones y prestaciones de todo orden que se les hayan pagado. L) Suministrar una relación detallada de las funciones asignadas a Diego Andrés Mirquez Flórez entre el 09 de febrero de 2012 al 31 de mayo de 2016 con sus turnos asignados y cumplidos. M) Certificar el sitio o lugar en que prestó sus servicios personales Diego Andrés Mirquez Flórez entre el 9 de febrero de 2012 al 31 de mayo de 2016, y la propiedad de los implementos médicos, materiales, equipos y medicamentos utilizados por Diego Andrés Mirquez Flórez en el mismo periodo.

2.9.- Que el 30 de enero de 2017 se radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, conforme lo establece el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 y fue declarada fallida el día 06 de marzo de 2017 en audiencia de conciliación en la Procuraduría 216 Judicial Administrativa de Ibagué.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

A través de apoderado judicial, la entidad solicitó se nieguen las pretensiones de la demandada, por cuanto nunca se celebró contrato laboral con el demandante Diego Andrés Mirquez Flórez sino contrato de prestación de servicios, puesto que la ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 junto con sus decretos reglamentarios regulan los contratos de prestación de servicios y han permitido la vinculación de personal para atender, entre otras, actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta.

Las pretensiones objeto de la demanda no tienen prosperidad jurídica, en el entendido que carecen de fundamentación fáctica y jurídica, por cuanto el acto administrativo demandado fue expedido por autoridad competente, está ajustado a la Constitución y la Ley.

Agrega que el hecho de que se cumplan unos horarios para la realización del trabajo en las instalaciones del área de sanidad Tolima, no significa una dependencia y mucho menos una subordinación, pues es sabido que durante la celebración del contrato se pactó horas de prestación de servicio y horarios, así mismo en común acuerdo y de manera voluntaria el contratista presenta una macro agenda de la oferta presentada (horas que prestara sus servicios). Por lo tanto, se demostrará que las horas en que el demandante asistía a cumplir con lo pactado, eran impuestas o si eran producto de la coordinación y concertación para coadyuvar en la prestación de un servicio tan delicado como el de la salud, que implica unas complejas maneras de atenderse no por mera liberalidad o capricho de las partes contractuales sino del requerimiento de los usuarios.

De lo anterior, a pesar de existir pruebas en el expediente que dan cuenta que el demandante le era supervisado la gestión de su actividad, el suscrito considera que se trataba de simples instrucciones impartidas por la entidad policial que coordinaba la prestación del servicio, tanto así que quedaron establecidas desde un principio en los diferentes contratos de prestación de servicios, esa el deber de la Institución velar por la debida ejecución del contrato y del cumplimiento oportuno del objeto contractual, entre otros, siendo que así se reitera, se pactó en todos los contratos de prestación de servicios que el demandante suscribió con la entidad hoy demandada, siendo de pleno conocimiento por parte del demandante saber cuáles eran sus funciones, sus obligaciones, su horario laboral y a su vez cuáles eran las obligaciones que tenía la entidad accionada para que se diera efectivo cumplimiento a los pluricitados contratos.

Propuso las excepciones de *“Acto ajustado a la constitución y a la Ley, cobro de lo no debido e imposibilidad de condena en costas”*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (fl. 378 - 382)

El apoderado de la parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda argumentado la Dirección de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima tiene como objeto misional y permanente la prestación del servicios de salud, por lo que a su análisis no solo hará relación al objeto mismo de la entidad, sino también respecto a las funciones que desempeñan, o mal llamadas *“actividades”* que se ejecutan al interior de la misma por parte de contratistas como Diego Andrés Mirquez Flórez y sobre todo, la forma en que prestaban de manera sistemática sus servicios bajo una continua subordinación y dependencia; pues es claro que para el funcionamiento del área de sanidad se requiere

la presencia de un grupo asistencial formado por profesionales de la salud entre los que tendrían que encontrarse médicos, enfermeras jefe y sobre todo auxiliares de enfermería como DIEGO ANDRÉS en procura de poder brindar dentro de su nivel de competencia, la atención integral y requerida para los usuarios del sistema de seguridad social en salud adscritos a la policía nacional.

Por lo anterior, se colige que las actividades desarrolladas por el demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente en virtud de las siguientes consideraciones:

- A) Porque lo desempeñó por más de cincuenta y dos (52) meses continuos y;
- B) Porque examinadas entre otras, las obligaciones visibles en los contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería, DIEGO ANDRÉS MIRQUEZ FLOREZ desempeñaba sus actividades en jornadas de ocho (8) horas diarias y ciento noventa y dos (192) mensuales para la adecuada prestación de los servicios de atención al interior del área de sanidad, promoción, prevención, protección y rehabilitación de acuerdo con las necesidades propias e indeterminadas del servicio que le exigían día a día sus superiores jerárquicos y funcionales.

Así las cosas, es indudable que las actividades desplegadas por la parte actora requerían de su permanencia en el sitio de trabajo, dado que las mismas se desarrollaban todos los días de la semana, y eran prestadas de manera personal e indelegable.

Agrega que al presente proceso le es aplicable el principio de la *"primacía de la realidad sobre las formalidades"*. Pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de la entidad, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que tenía asignadas funciones permanentes para el desempeño de un servicio público esencial a cargo del Estado o como parte del servicio público de la seguridad social que realizaba en condiciones de subordinación y dependencia.

4.2 Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. (fl. 383 - 390)

El apoderado de la entidad demandada, solicitó negar las pretensiones de la demanda, por cuanto la demandada nunca celebró contrato laboral con el demandante DIEGO ANDRES MIRQUEZ FLOREZ, sino contrato de prestación de servicios, puesto que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 junto con sus decretos reglamentarios regulan los contratos de prestación de servicios y han permitido la vinculación de personal para atender, entre otras, actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta.

El demandante endilga la existencia del elemento subordinación, a la supervisión sobre el objeto contractual, al diligenciamiento de registro de actividades diarias, al apoyo de actividades de intervención y al cumplimiento de un número determinado de horas de trabajo, actividades estas, enmarcadas dentro del objeto contractual, las cuales no son suficientes para demostrar subordinación. Siendo el cumplimiento de horarios un requisito indispensable para el cumplimiento del objeto del contrato, la jurisprudencia ha establecido suficientemente que, en los contratos distintos al laboral, se pueda imponer una jornada de trabajo al contratista sin que ello signifique la existencia de subordinación.

4.3 Ministerio Público.

No presentó concepto

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

5.1. Tesis de la parte accionante

Considera que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, toda vez de está demostrado que existió una verdadera relación laboral con la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, y por lo tanto debe darse aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales y como consecuencia ordenarse como restablecimiento del derecho y a título de reparación del daño, el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones devengadas por los empleados públicos que laboran en dicha entidad mientras estuvo vinculado por contrato de prestación de servicios y liquidadas de acuerdo al valor pagado en forma mensual, y el cual debe tomarse como salario base para la liquidación de dichos emolumentos; incluyendo desde luego las cotizaciones en su cuota parte al sistema de seguridad social en pensiones, la indemnización moratoria contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 y demás prestaciones sociales y salariales contenidas en la demanda.

5.2. Tesis de la parte demandada.

Argumenta que deben ser negadas las pretensiones de la demanda, como quiera que la demandada nunca celebró contrato laboral con el demandante Diego Andrés Mirquez Flórez, sino contrato de prestación de servicios.

Las pretensiones objeto de la demanda no tienen prosperidad jurídica, en el entendido que carecen de fundamentación fáctica y jurídica, confundiendo el demandante la subordinación y coordinación. Siendo la subordinación elemento importante en la configuración del contrato realidad.

6. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la existencia de una relación laboral entre el señor Diego Andrés Mirquez Flórez y la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los periodos de tiempo laborados como Auxiliar de enfermería del área de sanidad Tolima, mediante contratos de prestación de servicios y como consecuencia, condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales equivalentes a los devengados por el personal de planta de la Policía Nacional área de sanidad, o si, por el contrario el acto administrativo acusado, se encuentra ajustado a derecho?

6.1. Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que durante el periodo en que el accionante prestó sus servicios a la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima se demostró que lo hizo bajo una continuada dependencia y subordinación, pese a haber sido ocultada bajo la figura de contratos de prestación de servicios, por lo que se declarará la nulidad parcial del acto administrativo enjuiciado y se ordenará el pago de los derechos laborales y prestacionales pagados por la entidad a un auxiliar de enfermería de planta de la Policía Nacional Área de Sanidad

Departamento de Policía Tolima durante los periodos en que se probó estuvo vinculado al ente accionado incluidos los aportes a seguridad social.

7. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

7.1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, ha de señalarse que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se haya celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

Así las cosas, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, haciéndose valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla ¹.

Pues en efecto, el artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo es un derecho fundamental que goza de especial protección del Estado, de ahí que debe proteger a todas las personas de vinculaciones diferentes a un contrato laboral, en donde efectivamente se cumplan funciones y se desarrollen actividades en las mismas condiciones que otros empleados vinculados a las mismas entidades desde el inicio y formalmente mediante relación laboral subordinada, a fin de garantizar todas las prestaciones de seguridad social a que tengan derecho.

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al definir el contrato estatal señaló que el mismo corresponde a un acto jurídico generador de obligaciones celebrado por entidades públicas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que, entre otros, puede celebrarse con el objeto de obtenerse la prestación de servicios personales particulares. Textualmente define la norma los contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Negrilla fuera de texto)

Al respecto, es su estudio de exequibilidad de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, señaló en cuanto al contrato de prestación de servicios, que estos solo pueden ser celebrados por el Estado, en aquellos eventos en que las funciones no sean desarrolladas por personal vinculado a la entidad o cuando se requiere conocimientos especializados.

¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSÉ LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN.

El Tribunal Constitucional indicó como características del Contrato de Prestación de servicios las siguientes: i) que el **objeto contractual** hace relación a la ejecución temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, en cabeza de una persona con experiencia y formación profesional en una materia determinada, ii) así mismo, que goza el contratista de **autonomía e independencia** desde el punto de vista técnico y científico, disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual dentro del plazo y bajo las condiciones acordadas, iii) y que, su vigencia es **temporal**, pues se da solo por el plazo indispensable para ejecutar el objeto contractual. Precizando que, si bien por regla general la función pública es prestada por el personal perteneciente a la entidad oficial, solo en los eventos en que las actividades de la administración no puedan ser realizadas por los empleados adscritos a la planta o se requieren de conocimientos especializados, podrán ser ejercidas bajo el contrato de prestación de servicios; de manera que su duración se encuentra limitada al tiempo requerido para el cumplimiento del objeto contractual, pues en la medida en que dichas actividades se tornen permanentes e indefinidas, se desvirtúa su carácter excepcional, y lo que antes era una labor temporal se hace necesaria, obligando a la adopción de medidas que los incluyan en la respectiva planta, en cumplimiento del mandato constitucional².

Por lo que el carácter excepcional de la función solicitada por la administración, es lo que justifica la celebración del contrato de prestación de servicios por la entidad estatal, en tanto que la autorización dada por la Ley 80 de 1993 corresponde precisamente a la necesidad de suplir la ausencia de personal que se ocupe de tareas no contempladas dentro de la planta o frente a las que se requiere conocimientos especialísimos.

Conforme a ello, la prestación de servicios de personal ajeno a la entidad, solamente opera a fin de no interrumpir la función pública cuando no se cuenta con empleados que posean el conocimiento profesional, técnico o científico solicitado para una labor específica, que no siendo de aquellas que contemple el manual de funciones, es necesaria para cumplir con sus actividades, sin dejar de ser temporal.

8. CONTRATO REALIDAD: PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

Ahora bien, ha reconocido la jurisprudencia que en efecto el contrato de prestación de servicios se distingue del contrato laboral, porque quien es contratado dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual y su vigencia se limita al tiempo indispensable para su cumplimiento, por el contrario, es propio de la relación laboral el desarrollo de una actividad personal subordinada y dependiente.

Al respecto, la Corte Constitucional³ expuso:

"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

² "Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

³ Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997

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.”

Prosiguió indicando el órgano de cierre constitucional que dicha autorización dada por la ley 80 de 1993 para contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, personas naturales con conocimientos específicos necesarios para cumplir con una actividad temporal dentro de la administración, es válida, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente⁴.

En relación a ello, el Consejo de Estado⁵ precisó que demostrada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la presencia de una remuneración a cambio, pero, sobre todo, la subordinación y dependencia del trabajador al empleador; dicha presunción legal de que goza el contrato de prestación de servicios dada por la ley 80 de 1993 se desdibuja, al haber nacido en realidad un contrato laboral.

Entonces, aun cuando la Ley 80 de 1993 estableció de forma enfática la negativa de una relación laboral entre el contratista y la entidad en virtud del contrato de prestación de servicios, dicha presunción admite prueba en contrario, pudiendo el afectado demandar el reconocimiento de la existencia del vínculo laboral y por ende el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

Acreditada la existencia de una actividad subordinada, a partir de la imposición de horarios a quien presta el servicio, así como la fijación de órdenes o directrices con respecto a la ejecución de la labor contratada, se tipifica el contrato de trabajo, aun cuando en su formalidad sea distinto a la realidad jurídica, es decir que se le haya dado denominación distinta; pues no estando facultada la entidad para exigir dependencia, no puede requerir algo distinto al cumplimiento de la actividad contratada en los términos pactados.

En efecto, en sentencia del 29 de enero de 2015 con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, en proceso con radicación 25000-23-25-000-2008-00782-02 (4149-13) indicó:

“Así las cosas, se concluye que, para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.” (Negrilla fuera de texto)

De modo que bastará con probarse los tres elementos de una relación de trabajo, en especial la subordinación en actividades propias de un funcionario público, para declarar la existencia del contrato realidad y en consecuencia el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas durante el periodo servido, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.⁶

⁴ Ibidem.

⁵ Sentencia del 23 de junio de 2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente No. 0245

⁶ Sentencia del 17 de abril de 2008. Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A. C.P Jaime Moreno García.

9. DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 2400 de 1968 por medio del cual se estableció el régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, en la parte final del artículo 2º se indicó: *“para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”* (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 dispuso: *“Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. (...)”* (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 3074 de 2007 por medio del cual se modifica el decreto 2400 de 1968, consagró:

*“Artículo 1º. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:
El artículo 2º quedará así:
(...)
Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”*

Así, no puede excusarse la administración en razones sustentadas en la necesidad del servicio, para evadir la vinculación legal de personal para el desempeño permanente de funciones públicas, desconociendo las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y las garantías laborales de quienes resultan vinculados a partir de un contrato de prestación de servicios.

10. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a analizar el caso concreto de la señora **Sandra Patricia Galicia Barreto**

10. 1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, prestó sus servicios a la Nación – Ministerio de Defensa – Departamento de Policía Tolima en el área de sanidad como auxiliar de enfermería a través de contratos de prestación de servicios; así: • Contrato No. 40 7 20014 2012 del 09 de febrero del 2012 al 8 de agosto del 2012, tiempo total 6 meses. • Contrato No. 40 7 20107 2012 del 4 de agosto del 2012 al 1 julio de 2013, tiempo total 10 meses y 7 días.	Documental: - Contrato No. 40 7 20014 2012 (fl 216-219) - Contrato No. 40 7 20107 2012 (fl 24 a 30 y 250) - Contrato No. 40 7 20136 2013 (fl 257 a 261) - Contrato No. 40 7 20150 2014 (fl 272 a 275) - Contrato No. 40 7 20230 2014 (fl 287 a 290) - Contrato No. 87 7 20188 2015 (fl 304 a 308)

• Contrato No. 40 7 20136 2013 del 24 de julio del 2013 al 1 julio del 2014, tiempo total 11 meses y 5 días. • Contrato No. 40 7 20150 2014 del 10 de julio del 2014 al 16 de diciembre del 2014, tiempo total 5 meses y 7 días. • Contrato No. 40 7 20230 2014 del 17 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015, tiempo total 8 meses y 15 días. • Contrato No. 87 7 20188 2015 del 11 de septiembre al 31 de mayo del 2016, tiempo total 8 meses y 20 días.		
2. Que el 7 de septiembre del 2016, el actor elevó derecho de petición al Comando de Policía del Departamento del Tolima, solicitando el pago de las prestaciones sociales y los demás emolumentos propios de una relación laboral.	Documental: Oficio de fecha 08 de agosto de 2016 (fl. 18 - 19)	
3. con oficio S-2016 - /JEFAT.29 calendado el 10 de noviembre del 2016, la demandada negó la solicitud.	Documental: Copia del oficio S-2016 - /JEFAT.29 calendado el 10 de noviembre del 2016 (fl 16 a 17)	
4. Que el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, cumplía un horario de 8 horas diarias y 190 al mes.	Testimonios: del Mayor Carlos Andrés Camacho Vesga, Jefe de Sanidad Departamento Policía del Tolima y de la Suboficial de la Policía Nubia Espinosa, jefe del Establecimiento de baja complejidad de la Policía Nacional del Tolima. (fl 370 a 373)	
5. Que el señor Mirquez Flórez, desempeñó las siguientes funciones: - Recibir órdenes médicas y sistematizarlas en la plataforma para autorizaciones en la ventanilla de referencia y contrareferencia. - Generar autorizaciones médicas. - Realizar llamadas a las IPS para ubicar a los pacientes y llenar una bitácora para demostrar la gestión. - Realizaba actividades asistenciales de atención al usuario (pacientes). - Inyectología.	Testimonios: del Mayor Carlos Andrés Camacho Vesga, Jefe de Sanidad Departamento Policía del Tolima y de la Suboficial de la Policía Nubia Espinosa, jefe del Establecimiento de baja complejidad de la Policía Nacional del Tolima. (fl 370 a 373)	
6. Que existía un cuadro de turno para los auxiliares de enfermería	Documental: Copia del cuadro de turno de los auxiliares de enfermería (fl 115 a 134)	
7. Que los implementos utilizados en el desarrollo de las funciones del señor Diego Andrés Mirquez Flórez, los suministraba la unidad de sanidad de la Policía Departamento Tolima.	Testimonio: del Mayor Carlos Andrés Camacho Vesga, Jefe de Sanidad Departamento Policía del Tolima.	
8. Que los auxiliares de enfermería siguen instrucciones del Medico líder del proceso, del jefe de enfermería y la prestación del servicio es supervisado por un personal de planta de la Policía Nacional.	Testimonio: del Mayor Carlos Andrés Camacho Vesga, Jefe de Sanidad Departamento Policía del Tolima.	
9. Que el señor Diego Mirquez, como auxiliar de enfermería, se le notificó que el día 02 de noviembre de 2013, se celebraría la tercera caminata por la discapacidad y se le solicitó su asistencia prestando sus servicios como	Documental: Copia del oficio No. S 2013-000262/ ARSAN – JEFAT – 29 del 01 de noviembre del 2013, suscrito por la Intendente Flor Alba García Zamora, Líder Asistencia (E) Área de Sanidad Tolima (fl 207 Cd P. parte demandante)	

conductor de ambulancia por si algo inesperado sucedía.	
10. Que los funcionarios de planta de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, se les cancelan las siguientes prestaciones sociales: bonificación por servicios prestados, prima de servicio anual, prima vacacional, prima de navidad, cesantía, bonificación por recreación, salario vacacional, las cuales se encuentran establecidas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978.	Documental: Copia de la Certificación de la jefe del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (fl 208 Cd P. parte demandante)

10.2. DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Son elementos de la relación de trabajo, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo realizado; no obstante, lo anterior, el reconocimiento de una relación laboral en estas condiciones no implica conferir la condición de empleado público, según lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Respecto de los elementos constitutivos de la relación laboral el honorable Consejo de Estado ha señalado que deberán demostrarse los elementos esenciales de aquella, indicando:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁷ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.*⁸

Además, para que se pueda desvirtuar que se presentó un contrato de prestación de servicios debe demostrarse que el cargo desempeñado era de aquellos que se encontraban enlistados o creados en la planta de personal de la entidad accionada, para así poder afirmar y concluir que no se está dando aplicación real al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En cuanto al reconocimiento de lo adeudado en casos de contrato realidad, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 señaló:

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁸ Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda, de 16 de febrero de 2012, Consejero ponente doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, Referencia Exp. 1187-11

*"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 así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...) Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada 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 efecto 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"*⁹

En ese orden de ideas el despacho de acuerdo con lo solicitado por la parte demandante procederá a verificar los elementos constitutivos del contrato laboral para determinar si en el caso objeto de estudio se dan los presupuestos para declarar una relación laboral entre el demandante y la demandada en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Lo anterior, a partir de la función misional de la demandada, de lo cual se tiene que, la misión de la Dirección de Sanidad, es la de contribuir a la calidad de vida de nuestros usuarios, satisfaciendo sus necesidades de salud, a través del aseguramiento, la administración y la prestación de servicios de salud integrales y efectivos.

10.2.1.- Subordinación.

De las pruebas allegadas al plenario, se observan seis (6) contratos de prestación de servicios firmados por el señor **Diego Andrés Mirquez Flórez** y la entidad accionada, por medio de los cuales se contrataba los servicios del demandante en el área de sanidad como auxiliar de enfermería auxiliar administrativa.

Dentro del Estado Social de Derecho, el trabajo goza de plena protección en su triple dimensión como valor, deber y derecho, por lo que se debe declarar la existencia de la relación laboral si durante la ejecución contractual se configuran sus elementos esenciales, es decir, prestación personal, remuneración y subordinación. Lo anterior, significa que en el evento de demostrarse alguno de los elementos del contrato de trabajo, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, aplicando el principio del artículo 53 constitucional, ya referido.

Ahora bien, acorde con la evolución jurisprudencial, se destaca la sentencia proferida el 29 de enero de 2015 por el **Consejo de Estado, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez**¹⁰, en el que se precisó lo siguiente:

"El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 29 de enero de 2015, Rad. 25000-23-25-000-2008-00782-02 (4149-13), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

sector público. *Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.*

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...)" (Negrita fuera del texto original).

La misma Subsección "A", con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso con Rad. Interno No. 3160-13¹¹, en sentencia del 19 de enero de 2015, dijo:

(...)

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones¹² ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación¹³.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁴.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 19 de enero de 2015, Rad. 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹³ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Exp. No. IJ-0039. C. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo

(...)

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁵.

Es necesario traer a colación a los criterios que estableció la jurisprudencia según los cuales se determina la imposibilidad de efectuar contratos de prestación de servicios para desarrollar una función permanente en la prestación del servicio al Estado¹⁶.

"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: 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 vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008^[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

Eduardo Gómez Aranguren; Sentencias de 31 de Julio de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁶ C-614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

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 6° 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 ...^{737]} (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].

Del acervo probatorio allegado al plenario, se observa que el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, recibía órdenes de la líder Asistencial Área de Sanidad Tolima, tal como lo demuestra el oficio No: S 2013 – 000262/ ARSAN – JEFAT – 29 del 01 de noviembre de 2013 (folio 207 cuaderno de pruebas parte demandante).

El cuadro de turno era realizado por la jefa de enfermería, tal como lo manifestó en su testimonio el jefe del área de Sanidad del Departamento de Policía Tolima, aunque también agregó que los auxiliares de enfermería pasaban una macroagenda y de acuerdo a la disponibilidad se realizaba el cuadro de turno.

Igualmente manifestó en su declaración testimonial que los auxiliares de enfermería siguen instrucciones del médico líder del proceso y del jefe de enfermería y la prestación de su servicio es supervisada por un personal de planta de la Policía Nacional, demostrando así la subordinación en la ejecución de la labor contratada.

Para este despacho, es claro que, la entidad accionada actuó contrario a lo establecido por la normatividad, al contratar a través de prestación de servicios de apoyo a la gestión al hoy demandante para el ejercicio de funciones de carácter permanente, frente al que era forzoso la creación del empleo correspondiente, pues resulta un complemento vital para el desarrollo de la actividad asistencial al personal de la fuerza pública y el logro de los fines del Estado en general.

En virtud de lo anterior, entonces se concluye que el elemento subordinación fue acreditado.

10.2.2. Remuneración

Que el accionante y la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima, suscribieron ordenes de prestación de servicios con el objeto de prestar sus servicios profesionales como auxiliar de enfermería del Área de Sanidad – Departamento de Policía Tolima, por unos valores determinados en cada contrato, cancelados en pagos mensuales, previa entrega de los informes de cumplimiento de las labores asignadas.

Tal como lo señalan los contratos No. 40 7 20014 2012 (fl 216-219), Contrato No. 40 7 20107 2012 (fl 24 a 30 y 250), Contrato No. 40 7 20136 2013 (fl 257 a 261), Contrato No. 40 7 20150 2014 (fl 272 a 275), Contrato No. 40 7 20230 2014 (fl 287 a 290), Contrato No. 87 7 20188 2015 (fl 304 a 308) y comprobantes de pagos (fl 152 a 164).

En virtud de lo anterior, entonces se concluye que el elemento remuneración también fue acreditado.

10.2.3. Prestación personal del servicio

Obra en el expediente los informes presentados por la supervisión del contrato (fl 165 a 168) y las declaraciones recaudadas a lo largo de la actuación, sin lugar a duda demuestran que el accionante prestó de forma personal sus servicios a la entidad territorial demandada en los siguientes periodos Contrato No. 40 7 20014 2012 del 09 de febrero del 2012 al 8 de agosto del 2012, tiempo total 6 meses. Contrato No. 40 7 20107 2012 del 4 de agosto del 2012 al 1 julio de 2013, tiempo total 10 meses y 7 días. Contrato No. 40 7 20136 2013 del 24 de julio del 2013 al 1 julio del 2014, tiempo total 11 meses y 5 días. Contrato No. 40 7 20150 2014 del 10 de julio del 2014 al 16 de diciembre del 2014, tiempo total 5 meses y 7 días. Contrato No. 40 7 20230 2014 del 17 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015, tiempo total 8 meses y 15 días. Contrato No. 87 7 20188 2015 del 11 de septiembre al 31 de mayo del 2016, tiempo total 8 meses y 20 días. concluyéndose entonces que éste elemento se encuentra probado.

Igualmente se tiene que, de las pruebas testimoniales recaudadas se determinó que la demandada tiene personal de planta auxiliares de enfermería, que desarrollan las mismas actividades del hoy demandante quien fue vinculado por órdenes de prestación de servicios.

Se concluye entonces que, tuvo lugar una verdadera relación laboral subordinada entre la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima y el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, configurándose realmente un contrato realidad traído en virtud de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales, relación laboral que considera el despacho se encuentra demostrada, pese a haber sido ocultada bajo la figura de contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, se ha decantado por la jurisprudencia contenciosa, que aun cuando se hallen los elementos que configuran la relación laboral, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, tal circunstancia, no confiere a quien demanda la condición de empleado público, en tanto ello requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas para el acceso a los cargos públicos, conforme lo señala el art. 122 constitucional.¹⁷.

¹⁷ “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

11. PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES SOLICITADAS.

En primer lugar, se dirá que desvirtuada la presunción de legalidad que revestía la situación contractual bajo la que prestaba sus servicios el accionante, ante la primacía de la realidad sobre las formas, habrá lugar a ordenar el pago de la totalidad de las prestaciones sociales y demás derechos laborales que nunca fueron sufragadas por la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima a favor del demandante, en virtud de los principios constitucionales reconocidos en el artículo 53 superior, que consagra la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”.

Conforme a ello, debe señalarse que las prestaciones sociales, han sido clasificadas, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas serán a cargo del empleador, y tal es el caso de las primas, cesantías, riesgos profesionales, etc.; y otras compartidas con el trabajador como ocurre con pensión y salud.

De manera que, en relación con aquellas prestaciones comunes u ordinarias, esto es aquellas que corresponde en exclusiva al empleador, ha advertido la jurisprudencia del órgano de cierre que no existe dificultad para su condena, pues deberá acudir a las normas especiales que rigen dicha situación.

En tal sentido, se ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y derechos laborales adeudadas, además de las cesantías y los intereses a las mismas, que devengue un empleado público del nivel al que correspondería el accionante en su calidad de auxiliar de enfermería de la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima, **teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales que fueron pactados y pagados así:**

- Contrato No. 40 7 20014 2012 del 09 de febrero del 2012 al 8 de agosto del 2012, tiempo total 6 meses, por valor de \$1.096.284 pesos mensuales.
- Contrato No. 40 7 20107 2012 del 4 de agosto del 2012 al 1 julio de 2013, tiempo total 10 meses y 7 días, por valor de \$1.096.284 pesos mensuales.
- Contrato No. 40 7 20136 2013 del 24 de julio del 2013 al 1 julio del 2014, tiempo total 11 meses y 5 días, por valor de \$1.096.284 pesos mensuales.
- Contrato No. 40 7 20150 2014 del 10 de julio del 2014 al 16 de diciembre del 2014, tiempo total 5 meses y 7 días, por valor de \$1.140.135 pesos mensuales.
- Contrato No. 40 7 20230 2014 del 17 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015, tiempo total 8 meses y 15 días, por valor de \$1.140.135 pesos mensuales.
- Contrato No. 87 7 20188 2015 del 11 de septiembre de 2015 al 31 de mayo del 2016, tiempo total 8 meses y 20 días, por valor de \$1.140.135 pesos mensuales.

12. DE LA SANCIÓN MORATORIA

En lo que tiene que ver con la pretensión de reconocer la **sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías**, la misma se negará, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza de la beneficiaria, por lo cual no hay viabilidad para reconocer esta sanción por incumplimiento,

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(...)”.

de conformidad con lo señalado reiteradamente por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo del Tolima en diferentes oportunidades.

Con respecto a la negativa al reconocimiento de la sanción moratoria nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicación 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013) ha señalado:

“(…)

(iii) ¿Es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor del actor?

*Se precisa que **no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora** en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es constitutiva del derecho y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.
(…)”*

13. De los aportes a seguridad social: salud y pensión

Ahora bien, de acuerdo con la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, durante la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones al régimen de seguridad social, tanto por el empleador como por el empleado, en tratándose de salud y pensión, y a cargo del primero cuando se está frente a riesgos laborales.

De acuerdo con los documentos allegados al presente proceso, durante la prestación de sus servicios a la entidad, el pago de los aportes a salud y pensión estuvieron a cargo del accionante, pues se evidencia que al momento de presentar la cuenta de cobro era exigido el comprobante del pago de los mismos.

De las pruebas aportadas al plenario se tiene que el demandante realizó las siguientes cotizaciones al sistema de seguridad social:

- \$161.600 fecha 14 de febrero del 2012 Bancoomeva (fl. 57)
- \$161.832 fecha 16 de marzo del 2012 Bancoomeva (fl. 58)
- \$161.600 fecha 16 de abril del 2012 Bancoomeva (fl. 59)
- \$161.600 fecha 15 de mayo del 2012 Bancoomeva (fl. 60)
- \$175.412 fecha 14 de junio del 2012 Bancoomeva (fl. 61)
- \$175.412 fecha 13 de julio del 2012 Bancoomeva (fl. 62)
- \$175.412 fecha 14 de agosto del 2012 Bancoomeva (fl. 63)
- \$175.412 fecha 13 de septiembre del 2012 Bancoomeva (fl. 64)
- \$175.412 fecha 11 de octubre del 2012 Bancoomeva (fl. 65)
- \$175.412 fecha 16 de noviembre del 2012 Bancoomeva (fl. 66)
- \$175.412 fecha 10 de diciembre del 2012 Bancoomeva (fl. 67)
- \$175.412 fecha 31 de diciembre del 2012 Bancoomeva (fl. 68)
- \$182.963 fecha 18 de febrero del 2013 Bancoomeva (fl. 69)
- \$182.420 fecha 13 de marzo del 2013 Bancoomeva (fl. 70)
- \$182.828 fecha 15 de abril del 2013 Bancoomeva (fl. 71)
- \$182.420 fecha 14 de mayo del 2013 Bancoomeva (fl. 72)
- \$182.420 fecha 17 de junio del 2013 Bancoomeva (fl. 73)
- \$182.420 fecha 10 de julio del 2013 Bancoomeva (fl. 74)
- \$183.220 fecha 20 de agosto del 2013 Bancoomeva (fl. 75)

- \$182.820 fecha 16 de septiembre del 2013 Bancoomeva (fl. 76)
- \$182.720 fecha 17 de octubre del 2013 Bancoomeva (fl. 77)
- \$182.420 fecha 15 de noviembre del 2013 Bancoomeva (fl. 78)
- \$182.420 fecha 11 de diciembre del 2013 Bancoomeva (fl. 79)
- \$182.420 fecha 07 de enero del 2014 Bancoomeva (fl. 80)
- \$191.006 fecha 17 de febrero del 2014 Bancoomeva (fl. 81)
- \$191.006 fecha 17 de marzo del 2014 Bancoomeva (fl. 82)
- \$190.806 fecha 15 de abril del 2014 Bancoomeva (fl. 83)
- \$190.806 fecha 13 de mayo del 2014 Bancoomeva (fl. 84)
- \$191.106 fecha 20 de junio del 2014 Bancoomeva (fl. 85)
- \$190.606 fecha 14 de julio del 2014 Bancoomeva (fl. 86)
- \$191.106 fecha 19 de agosto del 2014 Bancoomeva (fl. 88)
- \$192.106 fecha 22 de septiembre del 2014 Bancoomeva (fl. 89)
- \$190.606 fecha 17 de septiembre del 2014 Bancoomeva (fl. 90)
- \$191.406 fecha 20 de octubre del 2014 Bancoomeva (fl. 91)
- \$190.606 fecha 18 de noviembre del 2014 Bancoomeva (fl. 92)
- \$190.606 fecha 10 de diciembre del 2014 Bancoomeva (fl. 93)
- \$190.606 fecha 08 de enero del 2015 Bancoomeva (fl. 94)
- \$199.944 fecha 17 de febrero del 2015 Bancoomeva (fl. 95)
- \$200.144 fecha 18 de marzo del 2015 Bancoomeva (fl. 96)
- \$199.344 fecha 15 de abril del 2015 Bancoomeva (fl. 97)
- \$199.944 fecha 15 de mayo del 2015 Bancoomeva (fl. 98)
- \$199.644 fecha 18 de junio del 2015 Bancoomeva (fl. 99)
- \$199.644 fecha 16 de julio del 2015 Bancoomeva (fl. 100)
- \$199.744 fecha 21 de agosto del 2015 Bancoomeva (fl. 101)
- \$199.344 fecha 14 de septiembre del 2015 Bancoomeva (fl. 102)
- \$200.344 fecha 21 de octubre del 2015 Bancoomeva (fl. 103)
- \$199.344 fecha 17 de noviembre del 2015 Bancoomeva (fl. 104)
- \$199.344 fecha 14 de diciembre del 2015 Bancoomeva (fl. 105)
- \$199.344 fecha 12 de enero del 2016 Bancoomeva (fl. 106)
- \$213.313 fecha 08 de febrero del 2016 Bancoomeva (fl. 107)
- \$213.313 fecha 11 de marzo del 2016 Bancoomeva (fl. 108)
- \$214.713 fecha 22 de abril del 2016 Bancoomeva (fl. 109)
- \$213.313 fecha 16 de mayo del 2016 Bancoomeva (fl. 110)

Se encuentra acreditado que los montos cotizados a salud y pensión fueron hechos exclusivamente por el señor Diego Andrés Mirquez Flórez, por los periodos que se van a reconocer como efectivamente laborados.

En virtud de lo anterior, deberá la entidad accionada conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993¹⁸ –, liquidar los

¹⁸ "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)"

aportes a seguridad social que correspondían pagar en vigencia de la relación laboral y si de acuerdo a las normas el demandante pagó en cuantía superior a lo que legalmente le correspondía, la entidad deberá reintegrarle al demandante el mayor valor por él pagado y consignar a órdenes de las entidades de seguridad social a la cual se encontraba afiliado el demandante el mayor valor no pagado oportunamente. Para liquidar los aportes a la seguridad social, se tendrá en cuenta el valor mensual pagado al demandante durante la relación laboral.

14. PRESCRIPCIÓN

Como quedó visto, en este caso las pretensiones del demandante se encaminan a la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por haber sido vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual ocultó una verdadera relación laboral.

Conforme a las previsiones del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, los derechos laborales prescriben en un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que los mismos se hicieron exigibles.

En el caso del contrato realidad y según la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado¹⁹, el término para reclamar los derechos surgidos de la relación laboral en cuanto a prestaciones sociales por contrato realidad, se empieza a contar a partir de la fecha de terminación del último contrato ejecutado, para lo cual nos permitimos traer a colación en extenso las consideraciones efectuadas en la sentencia de Unificación.

" 3.3.1. La prescripción del derecho reclamado. *Prima facie*, se tiene que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno de la prescripción del derecho, en los siguientes términos:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

Asimismo, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, en el artículo 102 preceptúa:

"Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

Por su parte, la sección segunda de esta Corporación²⁰ ha precisado que "...la prescripción se define como la acción o efecto de '...adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley' o en otra acepción como '...concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo'²¹".

3.3.1 La prescripción del derecho reclamado.

(...)

Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, demandante: Lucinda María Cordero Causil, C.P. Carmelo Perdomo Quéter.

²⁰ Consejo de Estado, sala plena contenciosa administrativa, sección segunda, subsección B, sentencia de 9 de mayo de 2013, expediente 08001-23-31-000-2011-00176-01 (1219-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.

seguridad jurídica²², en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

(—)

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad²³, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales²⁴ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales²⁵, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas²⁶ e irrenunciabilidad a la seguridad social²⁷.

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

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral

²² En similares términos, también se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-084 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, al afirmar que “En primer lugar respecto de las finalidades de la interpretación, podría decirse que son esencialmente dos: la seguridad jurídica y la recta administración de justicia. Efectivamente, tanto la doctrina universal como la jurisprudencia colombiana han señalado, por una parte, que la prescripción extintiva de las acciones persigue garantizar la *seguridad jurídica*, entendida como la orden que deben cumplir las autoridades de la República de evitar que permanezca abierta indefinidamente la posibilidad de someter los conflictos sustanciales ante los jueces...”.

²³ Constitución Política, artículo 53.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”.

²⁶ Constitución Política, artículo 25.

²⁷ *Ibidem*. artículo 48, inciso 2°.

bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.” (negrillas fuera de texto)

En consecuencia, de conformidad con la sentencia traída en cita, el interesado debe reclamar la existencia de la relación laboral en un término **no mayor a tres (3) años, contados a partir de la celebración del último contrato**, so pena de verse abocado a la prescripción de los mismos.

Cuando el trabajador demandante ha suscrito varios contratos, para efectos del fenómeno de la prescripción se ha de establecer si entre uno y otro contrato hubo solución de continuidad. Se entiende que hay solución de continuidad cuando entre uno y otro contrato trascurren más de 15 días hábiles²⁸. Lo anterior ha sido jurisprudencia reiterada del Concejo de Estado²⁹; en sentencia del 08 de agosto de 2017³⁰, indicó:

“ ...

Atendiendo a lo probado en el proceso, se tiene que el demandante laboró de forma continua para el municipio de Pereira desde el 26 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual hubo culminación del vínculo, para posteriormente desempeñarse desde el 1º de julio de 2011 hasta el 30 de mayo de 2013. Es decir, se dio una interrupción de 1 año y medio.

En consecuencia, debe precisarse que el 31 de diciembre de 2009, por haber una solución de continuidad entre las partes, comenzó a operar el fenómeno de la prescripción de derechos, lo cual ocurrió, pues en efecto, se observa que la reclamación se elevó el 8 de octubre de 2013, es decir, fuera del trienio con el cual contaba el actor para hacer exigible la relación laboral pretendida, motivo por el cual es aplicable el fenómeno extintivo de la prescripción para el periodo comprendido entre los años 2002 y el 2009, entonces se reconocerán únicamente los periodos causados del 2011 al 2013.

...”

Por lo tanto, analizaremos los tiempos de interrupción entre los contratos suscritos:

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	DÍAS FRENTE AL ANTERIOR (interrupción)	HÁBILES
40 7 20014 - 2012	09/02/2012	08/08/2012		
40 7 20107 - 2012	25/08/2012	01/07/2013		11
40 7 20136 - 2013	29/07/2013	01/07/2014		19
40 7 20150 - 2014	10/07/2014	16/12/2014		6
40 7 20230 - 2014	17/12/2014	31/08/2015		0
87 7 20188 - 2015	10/09/2015	31/05/2016		7

²⁸ Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 45 y Decreto Ley 1045 de 1978 artículo 10
²⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentenciad de 4 de mayo de 2017, expediente N° 08001233100020070006201 (1736-2015) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
³⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B; Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00126-01(3287-17); Actor: HUBER ERNEY ABONCE MELCHOR; Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Conforme al cuadro anterior se tiene que entre los contratos 40 7 20107 – 2012 y 40 7 20136 – 2013 existió solución de continuidad al haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la terminación de uno y el inicio del otro.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la petición de reconocimiento de la relación laboral y del pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales causados y no pagados, se hizo el **07 de septiembre del 2016**, es decir, vencidos los tres años que tenía para reclamar por los contratos suscritos y finalizados el 01 de julio de 2013, pues respecto a los derechos que se derivarían de estos tenía para reclamar e interrumpir la prescripción hasta el 02 de julio de 2016, circunstancia que no ocurrió.

Por lo anterior se declarará la prescripción de los derechos laborales y prestacionales causados con ocasión de los contratos 40 7 20014 – 2012 y 40 7 20107 – 2012; salvo lo relacionado con el reintegro del mayor valor de aportes a seguridad social.

Se ordenará entonces el pago de los derechos laborales y prestacionales causados con ocasión de los contratos: 40 7 20136 – 2013, 40 7 20150 – 2014, 40 7 20230 – 2014 y 87 7 20188 – 2015; es decir entre el 29 de julio de 2013 y el 31 de mayo de 2016, y los mayores valores de aportes a seguridad social por todo el tiempo laborado.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de condenas impuestas se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

15. RECAPITULACIÓN

Así las cosas, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que los elementos de prueba obrantes en el plenario, dan cuenta que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre el accionante y la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura de contratos de prestación de servicios, configurándose el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales.

Por lo tanto se declarará la nulidad parcial del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se ordenará el pago de las prestaciones sociales y derechos laborales adeudados al actor y que hubiesen sido devengadas por un auxiliar de enfermería de la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima, durante el periodo en que el accionante laboró bajo las órdenes y prestando el servicio a dicha entidad, teniendo en cuenta el monto mensual pagado por concepto de honorarios contractuales, es decir del 29 de julio del 2013 al 1 julio del 2014, del 10 de julio del 2014 al 16 de diciembre del 2014, del 17 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015 y del 11 de septiembre al 31 de mayo del 2016, declarándose la prescripción extintiva para los derechos laborales reclamados en el periodo comprendido entre el 09 de febrero de 2012 y el 01 de julio de 2013, con excepción de la seguridad social.

Así mismo, se ordenará a la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima, reintegrar las sumas canceladas por el accionante al sistema de seguridad social por concepto de los aportes a pensión y salud efectuados durante los periodos demostrados, como quiera que de las pruebas aportadas se concluye que los mismos fueron asumidos en su integridad por el demandante.

16. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial del oficio No. S – 2016 JEFAT – 29 del 10 de noviembre de 2016, por medio del cual el jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima (E), negó la existencia de la relación laboral con el demandante señor DIEGO ANDRES MIRQUEZ FLOREZ y el consecuente pago de las prestaciones sociales reclamadas, respecto de los contratos Nos. 40 7 20136 2013; No. 40 7 20150 2014; No. 40 7 20230 2014 y No. 87 7 20188 2015.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho condenar a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima a reconocer, liquidar y pagar al señor DIEGO ANDRES MIRQUEZ FLOREZ identificado con cédula de ciudadanía N° 93.238.265, el valor de las prestaciones sociales y demás derechos laborales adeudados, correspondientes a las devengadas y efectivamente pagadas a un auxiliar de enfermería empleado de planta de la Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima del 29 de julio del 2013 al 31 de mayo del 2016, teniendo en cuenta para ello los honorarios contractuales fijados y devengados mensualmente por el actor en los términos expuestos en la parte considerativa de la providencia.

TERCERO. - Declarar la prescripción extintiva para los derechos laborales y prestacionales reclamados en el periodo comprendido entre el 09 de febrero de 2012 y el 01 de julio de 2013.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénese al Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional Área de Sanidad Departamento de Policía Tolima tomar (durante el tiempo comprendido entre del 09 de febrero del 2012 al 8 de agosto del 2012, del 4 de agosto del 2012 al 1 julio de 2013, del 24 de julio del 2013 al 1 julio del 2014, 10 de julio del 2014 al 16 de diciembre del 2014, del 17 de diciembre del 2014 al 31 de agosto del 2015 y del 11 de septiembre de 2015 al 31 de mayo del 2016) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

QUINTO.- Las sumas que arrojen los numerales anteriores deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

SEXTO. - La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO. - CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas como agencias en derecho.

OCTAVO. - Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO. - Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO. - Expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

UNDÉCIMO. - Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DUODÉCIMO. - En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez