

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023).

EXPEDIENTE No.: 11001-33-42-046-2021-00087-00²
DEMANDANTE: NOHORA MAGALY TOBÓN ORTIZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Nohora Magaly Tobón Ortiz, identificada con C.C. No. 41.107.407, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA; contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL con el fin de que se resuelvan las declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se extraen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad de los Oficios Nos. S-2020-356690-MEBOG/SASES-GRUCO 29.25 de 30 de septiembre de 2020 y S-2020-053189 -DISAN/HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 de 20 de octubre de 2020, proferidos por la entidad demandada, por medio de los cuales se negó el pago de acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² [11001334204620210008700](https://www.cendoj.gov.co/11001334204620210008700) (solo podrán ingresar al enlace los sujetos procesales, para lo cual deberán hacerlo desde los correos informados al despacho para efectos de notificaciones judiciales).

realidad que existió entre Nohora Magally Tobón Ortiz y la Policía Nacional durante el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 2006 hasta el 21 de mayo de 2019.

2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la existencia del contrato de trabajo realidad y se ordene a la entidad demandada a pagar a la demandante las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios, las cesantías, los intereses a las cesantías, prima de servicios, prima extralegal de antigüedad, prima extralegal de navidad, prima extralegal de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones, aportes en salud, pensión y caja de compensación familiar, los descuentos efectuados por retención en la fuente, indemnización extralegal por despido injusto, indemnización contenida en la Ley 244 de 1995, artículo 2; y al pago de la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, durante el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 2006 hasta el 21 de mayo de 2019.
3. Que se condene a la entidad demandada al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño morales en favor de la accionante.
4. Que se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios y al cumplimiento de la sentencia dentro de los términos establecidos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA. Asimismo, deberá ordenarse la indexación de los valores reconocidos en favor de la parte actora, en los términos previstos en el artículo 187 ibidem.
5. Que se declare que el tiempo laborado por Nohora Magally Tobón Ortiz a través de contratos de prestación de servicios sea certificado como computable para efectos pensionales, ordenando expedir certificación.
6. Que se compulsen copias de la sentencia al Ministerio de Trabajo para que imponga a la entidad demandada la multa contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.
7. Que se condene a la entidad demandada a costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. Nohora Magally Tobón Ortiz prestó sus servicios de manera constante e ininterrumpida a la Dirección de Sanidad Seccional Bogotá (Hospital Central de la Policía Nacional) desde el 20 de septiembre de 2006 hasta el 21 de mayo de 2019, desempeñándose como Auxiliar de Enfermería.
2. La demandante fue vinculada a la entidad demandada a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción durante 12 años y 8 meses.

3. Nohora Magally percibía unos honorarios mensuales equivalentes a \$1.140.135, siendo este consignado en una cuenta bancaria una vez se cumplía un mes de trabajo.
4. El horario que tenía la actora era de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 07:00 a.m.
5. La accionante ejerció las funciones propias e inherentes de un Auxiliar de Enfermería, a saber: Asistir a la revista de enfermería dando cumplimiento a las actividades de cuidado delegadas para la atención de los usuarios, informar y evidenciar situaciones que se generen de la atención en salud, realizar aseo y desinfección de los elementos propios del desempeño de su función, entre otras. Las anteriores funciones son esenciales y de carácter permanente de la entidad accionada.
6. La entidad demandada le exigía a la demandante el pago de aportes pensionales y para salud y el pago de una póliza de responsabilidad; asimismo, se le descontaba en cada pago retención en la fuente y el Impuesto del I.C.A.
7. A la demandante le fue expedido carné de trabajo que la identificaba como empleada del Hospital Central de la Policía Nacional, el cual debía portar de manera obligatoria.
8. Los jefes inmediatos de la accionante eran Iveth Lorena Organista, Claudia Fernández, Diana Sanabria y Lorena González.
9. La demandante no podía delegar las funciones a otra persona de su elección. Para ausentarse debía pedir autorización a su jefe inmediato. Asimismo, a Nohora Magally Tobón Ortiz se le hicieron varios llamados de atención con relación a su trabajo, recibió felicitaciones y siempre estuvo a órdenes exclusivas de la entidad.
10. La señora Nohora Magally Tobón Ortiz siempre utilizó las herramientas entregadas por el hospital para desarrollar su actividad como Auxiliar de Enfermería.
11. La demandante desempeñó las mismas funciones que los empleados de planta (Auxiliares de Enfermería), quienes disfrutaban de todas las prestaciones legales y extralegales, comoquiera que son beneficiarios de convención colectiva.
12. El día 21 de mayo de 2019, sin la debida anticipación la jefe de coordinación de enfermería, de manera verbal, le comunicó a la accionante la no renovación de su contrato, razón por la que no podía seguir ejerciendo sus funciones
13. El contrato de trabajo se dio por terminado a la demandante sin justa causa y de forma unilateral por parte del Hospital Central de la Policía.
14. El día 23 de septiembre de 2020, la accionante solicitó el reconocimiento del contrato realidad y el consecuencial pago de las acreencias laborales adeudadas.

15. Mediante Oficios Nos. S-2020-356690-MEBOG/RASES-GRUCO 29.25 del 30 de septiembre de 2020 y 2020-053189-DISAN/HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 del 20 de octubre de 2020, la entidad demandada negó la existencia de una relación laboral; por ende, negó el reconocimiento de salarios y prestaciones.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 de la Constitución Política de Colombia.

De orden legal y reglamentario: Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968, artículo 8; Decreto 1848 de 1968, artículo 51; Decreto 1045 de 1968, artículo 25; Decreto 01 de 1984; Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204, Ley 244 de 2005, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993, artículo 30; Ley 50 de 1999, artículo 195; Ley 3135 de 1968; Decreto 1250 de 1970, artículos 5º y 71; Decreto 2400 de 1968, Decreto 1250 de 1970, artículos 5º y 71; Decreto 2400 de 1968, artículos 26, 40, 46 y 61; Decreto 1950 de 1973, artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242; Decreto 3135 de 1968, Decreto 1968, Decreto 1919 de 2002, artículo 2º; y Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. En efecto, indica que la entidad demandada pretendió desconocer una relación laboral a través de la celebración de múltiples contratos de prestación de servicios.

Durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios se cumplieron todos los requisitos de una relación laboral, esto es, el pago de un salario, la prestación personal del servicio y la subordinación, siendo este último el elemento característico de aquella, el cual se materializó con la imposición de órdenes, horarios y turnos de trabajo, instrumentación, uniformes y entre otros.

Afirma que la celebración de contratos de prestación de servicios que pretende esconder una relación laboral desconoce el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Finalmente, la parte actora señala que la entidad demandada realizó acciones indebidas para no contratar a la demandante bajo una relación laboral, y, en su

defecto, no incurrir en el pago de prestaciones sociales y salariales, por ello, debe compulsarse copias al Ministerio de Trabajo a fin de que imponga las sanciones establecidas en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

La Policía Nacional – Dirección de Sanidad, en memorial de contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su defensa, la entidad demandada argumenta que de conformidad con lo previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, es posible la contratación de servicios para realizar actividades que no se puedan adelantar por el personal de planta o que se requieran conocimientos especializados, como lo es, el campo de la enfermería, sin que de ello se derive la existencia de una relación laboral.

Destaca que, en la ejecución de los distintos contratos de prestación de servicios, es necesario seguir unas pautas y directrices que permitan el cumplimiento de las obligaciones contractuales (coordinación), situación que no desconoce la autonomía del contratista, y, menos aún, que conduzca a la configuración de subordinación laboral, como se pretende en la demanda.

Finalmente, solicita que, en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda, se declare la prescripción de derechos, comoquiera que existió interrupción entre varios contratos de prestación de servicios.

1.2.2 Audiencia Inicial⁴

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del CPACA. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁵

En la audiencia de pruebas, el despacho practicó las pruebas decretadas en audiencia inicial, entre ellas, el interrogatorio de parte y el testimonio de Yolanda García Sánchez.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante⁶: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Preciso que, de conformidad con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso,

³ Documento 9 del expediente digital.

⁴ Documentos 15-16 del expediente.

⁵ Documentos 23-24 y 28-29 del expediente.

⁶ Documento 30 del expediente.

se evidenció que: i) la demandante ejercía actividades desarrolladas por personal de planta, ii) recibía órdenes de jefes inmediatos, iii) las labores desarrolladas por la demandante eran de carácter permanente y siempre fueron presentadas de manera personal, sin que las pudiera delegar.

De acuerdo a lo expuesto, la parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada⁷: Ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Destaca que la función esencial de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional es la prestación del servicio de salud, razón por la que, ante la insuficiencia del personal de planta o del recurso humano que preste servicios especializados, y en aras de garantizar el derecho fundamental a la salud, es necesario suscribir contratos de prestación de servicios, los cuales, en todo caso, están limitados al tiempo netamente indispensable.

De otra parte, sostuvo que la demandante ejecutó los contratos de prestación de servicios de forma autónoma y sin subordinación. Es así, que no se le impartieron órdenes ni cumplió un horario, pues la actora pactaba una agenda con la entidad contratante y debía seguir unas pautas para la ejecución del contrato, lo que permite cumplir de manera coordinada la misión de la entidad. Igualmente, la accionante no tenía jefes sino un supervisor que vigilaba el cumplimiento de las obligaciones pactadas con la entidad.

De acuerdo a lo anterior, la parte demandada solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto pretende establecer: sí entre la señora Nohora Magally Tobón Ortiz y la Policía Nacional – Dirección de Sanidad - Hospital Central de la Policía Nacional, existió una relación laboral a pesar de que su vinculación se efectuó a través de contratos de prestación de servicios y, en razón a ello, la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- La señora Nohora Magally Tobón Ortiz se vinculó con la Policía Nacional – Dirección de Sanidad - Hospital Central de la Policía Nacional, a través de

⁷ Documento 31 del expediente.

contratos de prestación de servicios, desde el 7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019⁸.

- El día 23 de septiembre de 2020, la demandante solicitó el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre aquel y la Policía Nacional, y, como consecuencia de ello, se reconociera y pagará las acreencias laborales no pagadas⁹.
- La entidad demandada negó las solicitudes de la señora Nohora Magally Tobón Ortiz, mediante Oficios Nos. S-2020-356690-MEBOG-RASES-GRUCO 29.25 de 30 de septiembre de 2020¹⁰ y S-2020-053189-DISAN-HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 de 20 de octubre de 2020¹¹.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

Se ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que fundamentan la administración pública.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973¹², la

⁸ Según consta en certificaciones obrantes en las páginas 263-267 del documento 11 del expediente.

⁹ Páginas 61-66 del documento 1 del expediente.

¹⁰ Páginas 67-69 del documento 1 del expediente.

¹¹ Páginas 70-74 del documento 1 del expediente.

¹² “(...), **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.**”

Ley 790 de 2002¹³ y la Ley 734 de 2002¹⁴, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

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

¹³ “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos. En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (se subraya).

¹⁴ El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil¹⁵, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(…)

3. 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.**

(…)” (énfasis agregado).

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Nacional y en las leyes que lo reglamenten. Sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato, no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas sino también con ánimo burocrático.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, y puntualizó las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo. En efecto, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicios.

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, el H. Consejo de Estado, en

¹⁵ Artículo 1945 Código de Procedimiento Civil “<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”.

sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003¹⁶, señaló que la suscripción de contratos de prestación de servicios para ejecutar función pública debe ejercerse cuando: i) la función no pueda ser desarrollada por el personal de planta o ii) se trata de una actividad que requiera un conocimiento especializado. De ello se infiere que la prestación del servicio deba ejercerse en las instalaciones de la entidad contratante, pues en todo caso se trata de la ejecución de una función de la entidad. Además, en muchas ocasiones, es menester que las actividades desarrolladas por el contratista deban realizarse dentro de los horarios de atención al público. De manera que “En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Finalmente, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso precisó que al contratista que, por virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se le reconozca el pago de prestaciones y salarios, no puede otorgársele la calidad de funcionario, pues aquel no ha cumplido a cabalidad con todos los requisitos constitucionales y legales para tal efecto. Es decir, el contratista no ha sido nombrado ni ha tomado posesión de cargo, elementos estos distintivos de la relación laboral legal y reglamentaria.

De la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se colige que el contrato de servicios personales no se debe aplicar cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir con la función administrativa, sino que por el contrario, la aplicación de dicha figura es viable cuando las funciones a cumplir no estén asignadas al personal de la entidad, es decir, cuando se trate de desarrollar o ejecutar competencias que no son del giro ordinario de aquella, así lo ha precisado la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁷.

De lo anterior, se concluye que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con el giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968¹⁸, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

¹⁶ CE, SCA, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

¹⁷ TAC, S2, SS “C”, sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rad. No. 2007-00307-01, Actor: Francisco Javier Valenzuela.

¹⁸ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

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”.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009. Allí se indicó que la permanencia en la prestación del servicio es un elemento diferenciador que determina la existencia de una relación laboral. Sobre la norma en cuestión señaló que no es posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando las funciones a desarrollar sean de carácter permanente en la administración pública, pues para ello deben crearse los empleos requeridos. De manera que

“... esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.”

2.3.2. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

La Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, resulta aplicable en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de una relación laboral. De manera que, 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, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales). No obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto cuando la demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleado público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada. Aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; y iii) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.
- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sea protegida en sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.
- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y
- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público.

En síntesis, 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 Política, y por tanto, como dijo la Corte Constitucional, resulta ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes.

3. Caso Concreto

De acuerdo con la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad de los Oficios Nos. S-2020-356690-MEBOG-RASES-GRUCO 29.25 de 30 de septiembre de 2020 y S-2020-053189-DISAN-HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 de 20 de octubre de 2020, proferidos por el Jefe Regional de Aseguramiento en Salud 1 y por el director del Hospital Central de la Policía nacional, respectivamente; mediante los cuales se niega la solicitud de acreencias y la declaratoria de la existencia del contrato realidad, y se resuelven unos recursos, respectivamente.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que Nohora Magaly Tobón prestó sus servicios a la Policía Nacional, como se evidencia en los contratos de prestación de servicios allegados al plenario¹⁹. Igualmente, se evidenció que la prestación del servicio de la demandante se dio como Auxiliar de Enfermería en los siguientes periodos²⁰:

No de contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
07-7-20171-08	07/07/2008	06/07/2009
07-7-20281-09	13/07/2009	12/07/2009
81-7-20299-10	25/07/2010	25/11/2010
81-7-20-1356-10	10/12/2010	09/06/2011
81-7-20-280-11	13/06/2011	12/11/2011
81-7-20-1277-11	17/11/2011	16/07/2012
81-7-20824-12	18/07/2012	17/11/2012
81-7-201788-12	23/11/2012	22/05/2013
81-7-20181-13	27/05/2013	26/11/2013
81-7-201244-13	27/11/2013	30/11/2014
81-7-201306-14	01/12/2014	22/09/2015
81-7-20747-15	23/09/2015	22/08/2016
81-7-20841-16	29/08/2016	28/06/2017
96-7-20236-17	04/07/2017	03/11/2018
96-7-201055-18	21/11/2018	20/05/2019

De otro lado, se encuentra acreditado en el expediente que la demandante percibía unos honorarios mensuales por concepto de la prestación del servicio²¹, configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

¹⁹ Páginas 36-126 del documento 1 del expediente.

²⁰ Información tomada de la certificación obrante en las páginas 34 -35 del documento 1 del expediente

²¹ Ibidem.

Finalmente, respecto de la **subordinación laboral**, a juicio del despacho, la parte actora demostró el cumplimiento de horario laboral (turnos) fijados por la entidad²², así como también, el acatamiento de órdenes. Además, la accionante utilizaba los equipos e instrumentos que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional le ponía a su disposición para la adecuada prestación del servicio, ejercía funciones propias de personal de planta y celebró 15 contratos de prestación de servicios cuya finalidad era la de proporcionar sus servicios como auxiliar de enfermería.

Sobre el particular, se resalta lo dicho por Nohora Magally Tobón Ortiz en el interrogatorio de parte. En aquel, indicó que se vinculó con la Policía Nacional a través de contratos de prestación de servicios para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería. Igualmente, manifestó que sus labores las debía desarrollar dentro de los horarios y/o turnos que fijara la entidad.

Asimismo, el testimonio de Yolanda García Sánchez denota que Nohora Magally Tobón Ortiz cumplía las mismas funciones de un funcionario de planta (Auxiliar de Enfermería). Aunado a ello, indicó que la accionante tenía un horario de trabajo (7:00 a.m. – 1:00 p.m. de lunes a viernes y de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. los sábados o domingos), a través de un sistema de turnos que era fijado por la entidad demandada. Aunado a ello, indicó el actor no se podía ausentar de su turno, salvo **previa autorización**. Y, en todo caso el cumplimiento del horario era vigilado por rondas o turnos realizados por los jefes.

De otra parte, la testigo afirmó que Nohora Magally Tobón Ortiz debía prestar el servicio en las instalaciones del Hospital Central de la Policía, y con elementos entregados por dicha entidad. De modo que, el contratista no podía determinar ni el horario ni el lugar de prestación del servicio, pues dicha facultad estaba en cabeza del jefe inmediato.

Igualmente, la deponente indicó que la accionante recibía órdenes relacionadas, entre otras, con el departamento o servicio en que debía ejecutar sus labores.

Finalmente, destaca que la labor desempeñada por la demandante dentro de la entidad también era desarrollada por personal de planta.

Respecto de la prueba testimonial, se precisa que la misma no será tachada, dado que, a pesar que la testigo sea demandante en otros proceso, el testimonio rendido por aquella fue libre y espontaneo, y sin ningún apremio. Además, la deponente por tener conocimiento directo del desarrollo del contrato, bajo el entendido que fue compañera de trabajo de la demandante, está calificada para declarar sobre los hechos en los que sustenta la demanda.

A la par, se observa en el plenario constancia emitida por el jefe del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Sanidad en la que se indica que “una vez verificada la planta de personal (...) no se cuenta con personal de planta suficiente disponible que ostente el título TÉCNICO (AUXILIAR DE ENFERMERÍA) para cubrir la necesidad planteada por el Hospital Militar Central Policía Nacional Bogotá”²³, situación que se plasmó en los contratos de prestación de servicios. Justamente, al leerse los fundamentos de los contratos se evidencia que “no existe personal de planta suficiente para satisfacer la totalidad de los requerimientos necesarios para

²² Planillas obrantes en las páginas 77-204 del documento 1 del expediente.

²³ Página 11 documento 11 del expediente.

cumplir la prestación del servicio”. Aunado a ello, se denota que el supervisor del contrato sería el jefe del Departamento de Enfermería.

Lo anterior, da cuenta que la función desarrollada por la demandante al interior de la entidad demandada debía desarrollarse por funcionarios de planta, vinculados mediante una relación laboral.

Es preciso indicarse que, si bien el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ello acontece cuando las funciones o actividades que deban ser desarrolladas por el contratista no sean misionales de la entidad. De modo que, la celebración del referido contrato es de carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustituto de la función pública²⁴.

Basta recordar que, ante la insuficiencia de la planta de personal para desarrollar actividades misionales de la entidad demandada, es necesario acudir a la creación de plantas temporales, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mas no a la contratación del personal a través de los contratos de prestación de servicios.

De conformidad con lo acreditado en el plenario, está demostrado que durante la prestación de los servicios, la demandante recibía órdenes, debía solicitar permisos para ausentarse de sus labores, no podía delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le exigía el cumplimiento de sus labores en los horarios asignados directamente por la entidad, ejercía sus labores en las instalaciones del referido hospital y con instrumentos dados por este y las funciones eran de carácter permanente; todo lo cual conlleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, como lo indica la entidad demandada, sino que se trató de una relación en la que imperó la subordinación.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las labores desarrolladas por la demandante no eran eventuales sino permanentes, propias y misionales de una entidad prestadora del servicio de salud, como lo es, el Hospital Central de la Policía Nacional, dado que para la adecuada prestación de dicho servicio es necesaria la vinculación de personal de Enfermería. En efecto, se observa que en la planta de personal de la entidad demandada existe el empleo denominado Auxiliar de Servicios en Sanidad Policial, Código 6, Grado 28 equivalente al cargo de auxiliar de enfermería como se advierte en el Oficio No. GS-2022-026507-DISAN²⁵.

En tal sentido, se tiene que la accionante cumplió todos los criterios fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C-172-2012, esto es, el criterio funcional (ejercicio de funciones del giro ordinario de la entidad), el criterio de igualdad (mismas funciones que las ejercidas por funcionario de planta), el criterio temporal o de habitualidad (cumplimiento de un horario de trabajo o realización frecuente de la labor) y el criterio de excepcionalidad (actividades nuevas o que no pueden ser desarrolladas por el personal de planta) y el criterio de continuidad (contratos sucesivos o continuos). De modo que, al cumplirse todos los criterios antes enunciados, resulta evidente que la labor desarrollada por la demandante era permanente, por tanto, no podía ser vinculada a través del contrato de prestación de servicios.

²⁴ CE, S3, sentencia del 08 de junio de 2011, Exp. No. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP).

²⁵ Páginas 3-8 del documento 22 del expediente.

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre Nohora Magally Tobón Ortiz y la Policía Nacional (Dirección de Sanidad – Hospital Central de la Policía Nacional), existió una relación laboral, pese a las diferentes denominaciones. De ello, se concluye que en este caso se configura el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto, que la demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería, de manera subordinada desde el **7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019**.

Aquí el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando por encontrarse demostrada la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada.

En efecto, la parte actora logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por la accionante fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**. Finalmente, se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que, una vez demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

En todo caso, acreditada la existencia de una relación laboral, la demandante tendrá derecho a que se protejan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, y a que, en virtud de los principios de equidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales que le debieron haber sido sufragadas.

Decisión:

El Despacho encuentra probada la existencia de la relación laboral, quedando demostrado el incumplimiento de la Policía Nacional en el pago de las acreencias laborales causadas a favor de Nohora Magally Tobón Ortiz durante el tiempo que prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería, por lo que la presunción de legalidad que cobijaba a los oficios No. S-2020-356690-MEBOG-RASES-GRUCO 29.25 de 30 de septiembre de 2020 y S-2020-053189-DISAN-HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 de 20 de octubre de 2020, ha sido desvirtuada, razón por la cual se declarará su nulidad.

Como restablecimiento del derecho, el despacho ordenará en favor de la demandante el reconocimiento y pago de la cesantía, los intereses sobre la cesantía, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por prestación de servicios, si a ellas hubiere lugar; así como también, al reintegro del porcentaje erogado por concepto de aportes pensionales. Se precisa que solo deberá devolverse el porcentaje que por ley le corresponde pagar el empleador, y que, en todo caso, los valores reconocidos en favor de la actora se deberán calcular con lo que percibe un **Auxiliar de Servicios en Sanidad Policial, Código 6, Grado 28**.

Se advierte que, a pesar de que en la demanda se pretendió la declaratoria de la relación laboral y, el consecuente, pago de salarios y prestaciones desde el 20 de septiembre de 2006 hasta el 21 de mayo de 2019, cierto es que en el expediente se acreditó que la demandante se vinculó desde el **7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019** como contratista, razón por la que el despacho ordenará el reconocimiento de los haberes a que haya lugar sobre dicho periodo. Se destaca que el periodo laborado desde el 29 de septiembre de 2006 hasta el 24 de marzo de 2008, se prestó en calidad de supernumerario.

De otra parte, es del caso precisar que el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público. Por ello, no se reconocerán las primas extralegales, dado que las mismas tienen origen convencional, y, por tanto, solo pueden reconocerse a los servidores públicos, calidad que como antes se indicó no puede otorgarse a los contratistas. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“(…)

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación²⁶, bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues, aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial. (...)”²⁷.

Igualmente, no se reconocerá el pago de horas extras o trabajo suplementario y/o diferencias salariales, por cuanto el pago de honorarios estaba sujeto a las condiciones establecidas en los contratos de prestación de servicios.

Lo anterior, teniendo en cuenta que “durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público”²⁸. En este sentido, precisó el Consejo de Estado que “los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad no pueden consistir en el reintegro como restablecimiento del derecho, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero en cambio sí deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”²⁹

Respecto a la devolución de aportes en seguridad social a riesgos, caja de compensación y salud, se tiene que, dada su naturaleza, no son objeto de reintegro o devolución a favor de la demandante, pues la prestación emanada de dichos aportes no puede repercutir en un beneficio económico a favor del contratista, en la medida que aquel efectuó las cotizaciones respectivas de acuerdo a tal condición.

²⁶ CE, SCA, S2, SS “B” Sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

²⁷ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 13 de mayo de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

²⁸ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 06 de octubre de 2016, Rad. No. 66001-23-33-000-2013-00091-01 (0237-14), Actor: Miguel Ángel Castaño Gallego.

²⁹ Ídem.

En efecto, los referidos aportes se realizan con la finalidad de acceder a la prestación de un determinado servicio, por tanto, en la medida que el contratista realice el pago de los aportes tiene derecho a la prestación del mismo, el cual no puede ser garantizado de manera retroactiva. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de marzo de 2021, precisó que los aportes efectuados a seguridad social (pensión, salud y demás) son

“de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, que será negado”³⁰.

Aunado a lo expuesto, se destaca que, de conformidad con la tercera regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación de 09 de septiembre de 2021³¹, aclarada mediante proveído de 11 de noviembre de 2021, resulta improcedente la devolución de aportes al sistema de seguridad social en salud que el contratista hubiere realizado, en la medida que se tratan de aportes parafiscales.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante de la liquidación de sus prestaciones, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

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

Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 establece la prescripción de 3 años a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible; sin embargo, en tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad (art. 53 C.N.) el H. Consejo de Estado, en sentencia del 09 de abril de 2014, Exp. No. 20001233100020110014201 (0131-13), precisó que “...la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ...”, posición reiterada en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, aclarada mediante

30 CE, SCA, S2, SS “B”, Rad. No. 20001-23-33-000-2014-00151-01 (1318-16), Actor: Ana Isabel Ochoa Tamara, Demandado: Departamento Del Cesar – Asamblea.

31 CE, SCA, S2, SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021.

proveído de 21 de noviembre de 2021.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó:

“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 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.”³²

Finalmente, respecto de la prescripción, es importante tener en cuenta que en sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021, se determinó que existía interrupción o solución de continuidad en la prestación del servicio cuando el tiempo transcurrido entre la finalización de un contrato y el inicio de otro sea superior a 30 días; sin embargo, como lo indicó el máximo tribunal de lo contencioso, dicho término no es una camisa de fuerza, pues en todo caso debe valorarse la situación particular.

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de salarios y prestaciones derivadas de la existencia de una relación laboral, el día **23 de septiembre de 2020**, se tiene que no existe prescripción de derechos, toda vez que desde la finalización del último contrato (**21 de mayo de 2019**) no transcurrió un término mayor a tres años, como tampoco existió interrupción mayor a 30 días entre contrato y contrato.

En consecuencia, la entidad demandada deberá reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales causadas desde el **7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019**. Igualmente, las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social en pensiones se deberán pagar durante dicho periodo, siempre que haya lugar a ello, toda vez que son imprescriptibles.

³² CE, SCA, S2, Rad. No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

En todo caso, los pagos deberán realizarse atendiendo a los periodos efectivamente laborados, bajo el entendido que entre la suscripción de uno y otro contrato existieron periodos en los que no se prestó el servicio.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del CPACA, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188 del CPACA, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones³³ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

³³ CE, SCA; S2, SS “B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. No. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. No.: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. No.: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de los Oficios No. S-2020-356690-MEBOG-RASES-GRUCO 29.25 de 30 de septiembre de 2020 y S-2020-053189-DISAN-HOCEN-DIREC-ASJUR 1.10 de 20 de octubre de 2020; proferido por proferidos por el jefe regional de Aseguramiento en Salud 1 y por el director del Hospital Central de la Policía Nacional, respectivamente; por medio de los cuales se negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de una relación laboral (contrato realidad) que existió entre la Policía Nacional y NOHORA MAGALLY TOBÓN ORTIZ, identificada con C.C. No. 41.107.407; durante el periodo comprendido entre el **7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019** ; de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, a:

a. **RECONOCER y PAGAR** a NOHORA MAGALLY TOBÓN ORTIZ, identificada con C.C. No. 41.107.407, la cesantía, los intereses sobre la cesantía, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y la bonificación por servicios prestados teniendo como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para el cargo de **Auxiliar de Servicios en Sanidad Policial, Código 6, Grado 28**, o a un cargo equivalente en la actualidad.

Lo anterior, deberá realizarse durante el periodo comprendido desde el **7 de julio de 2008 hasta el 20 de mayo de 2019**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

b. **PAGAR** a NOHORA MAGALLY TOBÓN ORTIZ, identificada con C.C. No. 41.107.407; la cuota parte correspondiente de los aportes pensionales, en tanto, que la demandante acredite haberla sufragado durante el periodo comprendido entre el **7 de julio de 2008 al 20 de mayo de 2019**.

En todo caso, dichos pagos deberán realizarse atendiendo a los periodos efectivamente laborados y efectuarse las cotizaciones a cargo del empleador por la suma de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor

que debió cotizarse como **Auxiliar de Servicios en Sanidad Policial, Código 6, Grado 28**, si la hubiere, y durante los periodos de las vigencias contractuales. No aplica prescripción alguna respecto de los aportes a seguridad social.

Los haberes aquí ordenados deberán consignarse en la cuenta pensional de la parte actora.

c. **ACTUALIZAR** las sumas debidas conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído:

TERCERO. Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 046

Bogotá, D.C. - Bogotá 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: **0146c7be67f49f08a1019ce5367996c5384c6cc538b33a1547122ff750e33158**

Documento generado en 23/01/2023 04:26:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>