



175

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 1100133350122016-00204-00
ACCIONANTE: DIANA MARCELA ROA OME
ACCIONADOS: NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA
NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD BOGOTÁ

**AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA N°338-2018**

En Bogotá D.C. a los cuatro (04) días del mes de septiembre de dos mil dieciocho (2018) siendo la hora de las nueve de la mañana (09:00 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias 02 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: DRA LILIANA ALEJANDRA MURILLO TORRES

La parte demandada: NO HAY APODERADO RECONOCIDO

No asiste representante del Ministerio público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Decreto de pruebas
2. Alegaciones finales
3. Fallo

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del Proceso
2. Decisión de Fondo

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

Como ninguna de las partes advierte la existencia de irregularidades, ni tampoco las observa el Despacho, queda agotada esta etapa de saneamiento.

CUESTION PREVIA

Por medio de memorial allegado el día diecinueve (19) de julio del presente año la Jefe seccional de Sanidad de Bogotá, da respuesta al oficio remitido por este Despacho fechado a seis (06) de julio de dos mil dieciocho (2018), por medio del cual se le solicitaba allegar el manual de funciones del cargo que desempeñaba la demandante.

Las partes señalan que conocen la prueba allegada y que no tienen objeción al respecto, razón por la cual el Despacho procede a llevar a cabo la etapa de alegaciones finales y juzgamiento.

ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión.

Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Decisión notificada en estrados

ETAPA II: FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si del CONTRATO suscrito entre la señora DIANA MARCELA ROA OME y la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL, se pueden establecer los elementos necesarios para declarar una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

C O N S I D E R A C I O N E S

En desarrollo de lo previsto en los artículos 25 y 53 de nuestra Carta Política¹, se aplica el **principio de la primacía de la realidad** para garantizar derechos de los trabajadores en eventos donde se han celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral. En tal sentido, es importante

¹ El artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

diferenciar los elementos y características del contrato de prestación de servicios y los elementos de la relación laboral.

1. Los contratos de prestación de servicios con entidades Estatales.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995 ⁽²⁾.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32 numeral tercero, define el Contrato de Prestación de Servicios con Entidades Estatales de la siguiente manera:

*<Apartes subrayados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> 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.*

Los apartes destacados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-154/97⁽³⁾, de cuyas consideraciones el Despacho cita las siguientes:

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

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*
- b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.*
- c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.*

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

(...)

"... la Corte considera que el Legislador al usar la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" para calificar la

² LEY 190 DE 1995, (Junio 06). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa." Se refiere a la obligación de las personas que presten servicios al Estado mediante contratos de prestación de servicios de diligenciar el formato de hoja de vida, incluirse en el sistema de información de personal, actualizar sus datos, cumplir con requisitos mínimos, y ser objeto de control social

³ Sentencia C-154/97 Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada:, Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa"., Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente:, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

prohibición, en manera alguna consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, como se señala en la demanda, ya que el afectado, como se ha expresado, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y las consecuencias derivadas del presunto contrato de trabajo relacionadas con el pago de prestaciones sociales.

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa 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 que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual "agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo." [6]

Cabe reiterar que de conformidad con el artículo 25 de la Carta Política, el trabajo constituye un derecho que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado."

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, el enunciado "En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenida en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no constituye una "presunción de iure" y puede ser desvirtuada si se acredita la existencia de las características esenciales de la relación laboral.

Ahora bien, en relación con la frase "**cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta**",- declarada condicionalmente exequible -, la H. Corte Constitucional, (C-154/97⁴) precisó que su alcance en los siguientes términos:

"La restricción demandada hace prevalecer el respeto al derecho a la igualdad en tanto que sólo autoriza la contratación por prestación de servicios de personas naturales cuando las actividades de administración o funcionamiento de la entidad "no puedan celebrarse con personal de planta", precisamente para evitar que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas."

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

4 Sentencia C-154/97 Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada:, Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa", Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente:, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

De otro lado, se plantea que la pretendida discriminación conlleva no sólo una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, sino también a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo y artículos 1, 2 y 25 de la Constitución y por ende de los principios mínimos laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, en especial en lo que a la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la estabilidad en el empleo, se refiere.

De manera que, según la interpretación de la frase: “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, que realiza el máximo órgano de guarda de la Constitución, se refiere a la posibilidad de contratar la realización de tareas de carácter temporal, en los casos en los que la entidad no cuenta con el personal de planta con el conocimiento profesional, técnico o científico para la ejecución de esta actividad en particular.

En su análisis la H. Corte Constitucional, expresamente señaló que es contrario a la Constitución, interpretar este enunciado como una autorización o alternativa para suplir una insuficiencia de personal en su planta, y vincular mediante esta modalidad a personas para desarrollar idénticas funciones que sus empleados en condiciones de inferioridad, pues si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada.

2. Los elementos de la relación laboral.

En sentencia de 15 de junio de 2006, el H. Consejo de Estado⁵, precisó:

“cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.
(...)

Según la jurisprudencia en cita, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales, esto es:

1. Que su actividad en la entidad haya sido **personal** y
2. Que por dicha labor hubiere recibido una **remuneración**
3. Que con el empleador exista **subordinación o dependencia.**

Los dos primeros elementos son comunes tanto para las vinculaciones por contratos de prestación de servicio y las relaciones laborales, de manera que el tercer elemento es el que permite definir, el carácter contractual o laboral de la vinculación, por lo que se profundizará en este concepto.

La SUBORDINACION O DEPENDENCIA es aquella facultad del empleador 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.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

En este punto el H. Consejo de Estado diferencia entre el concepto de coordinación propio de los contratos de prestación de servicios y el concepto de subordinación pues el cumplimiento de órdenes o sujeción a reglamentos no implica "per se" la existencia de la relación laboral.

El desarrollo jurisprudencial sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, ha indicado que para decidir al Juez le corresponde "desentrañar la relación laboral" para identificar su naturaleza⁶. En esta tarea se debe analizar aspectos como:

- **La permanencia de las funciones.** Es decir que la labor sea inherente a la entidad y perdure en el tiempo de manera estable. Se precisa que la permanencia se analiza frente a las funciones, no a la duración de la vinculación de la persona. Se ha dado el caso que algunas entidades contratan la prestación de una labor permanente e inherente y suscribe contratos de prestación de servicios por lapsos muy cortos para evadir este requisito. Y sin embargo, continúa sufriendo esta función con nuevas o sucesivas contrataciones.
- **Parámetro de comparación con los demás empleados de planta.** Otro aspecto que indica el encubrimiento de una relación laboral es la equivalencia o similitud entre las actividades desarrolladas por el contratista y aquellas descritas en los manuales de funciones de los cargos de planta, se encuentren o no ocupados.
- **Desempeño de deberes de servidores públicos.** En la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la "subordinación" frente a un superior o jefe inmediato como ocurre en la relación laboral privada. Aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, para proferir sus decisiones o actos; de manera que cuando el contratista profiere decisiones, actos o desarrolla funciones que consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones previstas para los servidores públicos, este tipo de decisiones es otro indicativo del encubrimiento de una relación laboral.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En este punto es importante diferenciar entre la prescripción del derecho a interponer la acción y la prescripción de las obligaciones prestacionales.

La jurisprudencia en la materia ha sido pendular, sin embargo frente al primer punto existe sentencia de Unificación del Consejo de estado⁷ con ponencia del Magistrado CARMELO PERDOMO CUÉTER, en donde se dispone que la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el término para pretender el reconocimiento de la relación laboral es de tres años contados desde el momento en que finalizó la relación que inicialmente se pactó como laboral, término que no opera para la reclamación de aportes pensionales.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 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.

⁷ Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016

“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 favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

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.

(...)

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.

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial. (Subrayado fuera del texto original).

Sobre el segundo tópico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado es divergente, pues al ponderar el derecho del trabajador y el principio de seguridad jurídica se debe llegar a una

decisión que se ajuste a nuestro ordenamiento jurídico que prohíbe las penas imprescriptibles.

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T 084 DEL 2010, trayendo como documento ilustrativo la sentencia de la Corte Suprema mexicana.

“[s]e ha discutido mucho por los expositores de derecho de trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países, y aún se ha adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral. Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su artículo 2535 que la extintiva de las acciones y derechos “se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible”. Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo por es en ese momento cuando el trabajador adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar, por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor a represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarlas durante la ejecución de su contrato, correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiese o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y México este problema ha suscitado controversia, pero la adopción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la cuarta sala –del Trabajo– de la Corte Suprema de Justicia de esa nación a reconsiderarla para acoger la contraria.

Dijo en efecto dicha Corporación: “Se refiere el segundo de los agravios a la forma de computar la prescripción, pues mientras la autoridad responsable sostiene que conforme a los artículos 328 y 7° transitorio de la Ley Federal del Trabajo, la prescripción corre a partir de la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles, sostienen los recurrentes que el plazo puede empezar a contarse desde la terminación del servicio, o sea, desde que el contrato ha dejado de tener vigencia. Esta Sala ha sostenido en varias ejecutorias la segunda de las tesis mencionadas, por estimar que debía aplicarse el artículo 1161 del Código Civil, en primer lugar, porque la legislación del trabajo no puede ser menos liberal que el derecho civil, y, en segundo, porque se estimó que no era posible que los trabajadores, mientras estaban al servicio del patrón, presentaran en contra de éste demandas, exigiéndole el pago de salarios o el cumplimiento de otras prestaciones, pues que esto traería consigo una fuente constante de discordias, pero, por las razones que en seguida se expresan considera esta Sala necesario modificar su jurisprudencia, estableciendo que la prescripción, de acuerdo con los artículos 328 y 7° transitorio de la Ley Federal del Trabajo, corre desde el momento en que se hacen exigibles las respectivas obligaciones. En numerosas ejecutorias se ha afirmado que el derecho del trabajo es independiente del civil y que, en esa virtud, no es posible aplicar, a propósito del primero, las disposiciones consignadas en el segundo: por tal razón, se hace indispensable considerar nuevamente el problema de la prescripción para decidir si, de conformidad con los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo, puede estimarse que, dentro de ellos, se encuentra el relativo a que la prescripción sólo corre a partir de la fecha de cesación del servicio. El derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico y si bien es verdad que su función principal es la de proteger a la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que, determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, puede acarrear determinado principio; ahora bien, se ha venido notando que, al amparo de la tesis sustentada por esta Sala, se ha presentado una serie de demandas en las se reclama el cumplimiento de obligaciones anteriores en muchos años, en ocasiones a partir de 1917, fecha en que entró en vigor la legislación del trabajo, y

en la mayor de los casos prosperan esas reclamaciones, por la única razón de que no funciona la prescripción, pues es imposible exigir que los empresarios conserven los elementos probatorios durante quince, veinte o más años; y esa condenación es perjudicial para la estabilidad de las industrias, que nunca saben cuál pueda ser su verdadera situación ya que en cualquier momento puede surgir una demanda por pago de horas extras y otra prestación, como ya se dijo, de diez, quince o más años; y el perjuicio lo resiente no sólo la empresa sino la sociedad en general y aún los mismos trabajadores, puesto que la fuente de trabajo puede ser arruinada en un momento dado, merced a una de esas demandas, destruyéndose así un medio de vida para los obreros y de riqueza para la sociedad. Finalmente, el argumento que ha hecho valer en el sentido de que no es posible que los trabajadores, mientras están al servicio del patrono, presenten en su contra las reclamaciones a que tuvieran derecho, tampoco se justifica en la práctica, puesto que constantemente se nota que los obreros demandan de sus patronos las violaciones en que estos incurrieron en el cumplimiento de los contratos o de la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente, la disciplina o la armonía en el taller, ni produzca tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores y no sólo, sino que la tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella autorizarían al patrono a que, de manera permanente, violara la ley a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria, a la finalidad perseguida por derecho de trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley y los contratos, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación formulan la demanda correspondiente. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la interpretación de los arts. De la Ley Federal del Trabajo sobre prescripción conduce a idéntico resultado, esto es, a decidir que el término para la prescripción empieza a correr desde que la obligación se hace exigible; la lectura de los artículos 329 y 330 indica, sin dejar lugar a duda, que la prescripción corre desde el momento en que la parte interesada puede acudir a los Tribunales deduciendo la acción correspondiente (...).

Y –continúa el Tribunal Supremo del Trabajo colombiano- el conocido expositor mexicano de estas materias, Mario de la Cueva, refiriéndose al anterior fallo comenta con inagotable autoridad lo siguiente: “La ejecutoria de Tomasa Godínez y Coagraviados agotó el tema y no creemos necesario exponer mayores razones en pro de la tesis que sustenta, pues la misma legislación española, a cuya tradición debe referirse la solución opuesta, ha modificado su criterio”.

CASO CONCRETO

La señora DIANA MARCELA ROA OME estuvo vinculada con la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios (Fls.134-135)

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO	FECHA TERMINO ADICION
07-7-21012-2004	13-MAY-04	27-DIC-04	
07-7-20966-2005	19-JUL-05	18-01-06	
07-7-20025-2006	10-FEB-06	09-ENE-07	24-JUN-07
07-7-20926-2007	16-JUL-07	24-OCT-08	24-OCT-08
07-7-20410-2008	19-NOV-08	18-JUL-09	18-JUL-09
07-7-20252-2009	10-AGO-09	19-JUL-10	19-OCT-10
81-7-20102-10	23/04/2010	20/11/2010	

81-7-20-752-11	12/09/2011	11/03/2012	
81-7-20044-12	26/03/2012	25/10/2012	
81-7-201496-12	26/10/2012	25/08/2013	
81-7-20571-13	26/08/2013	25/06/2014	25/09/2014
81-7-20786-14-14	30/09/2014	29/09/2015	

Pretende la demandante, que durante el tiempo de esta vinculación se declare la existencia de la relación laboral, el consecuente pago de las diferencias salariales entre lo que ella devengó a título de honorarios en comparación con lo recibido por los servidores públicos de planta del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-SECCIONAL DE SANIDAD BOGOTÁ en el cargo de servidor misional grado 12; además pretende la liquidación de las prestaciones sociales, el pago de la diferencia en los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y los perjuicios morales (fl.03).

La entidad demandada no allegó contestación de la demanda.

Pues bien, el Despacho con el fin de determinar si mediante contratos de prestación de servicios se efectuó un acuerdo para la realización de funciones propias de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, realizará un estudio del contrato suscrito por la actora.

El objeto y obligaciones del contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante.

El contrato de prestación de servicios No. 81-7-20786-14 (folios 79 a 89) celebrado entre la demandante y la NACION-POLICIA NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD-SECCIONAL DE SANIDAD BOGOTÁ, dispuso:

“d) Que la oficina de Talento Humano de la DISAN, certifica que dentro de la planta de personal de la entidad no existe suficiente personal para satisfacer la totalidad de los requerimientos necesarios para cumplir la prestación de servicios.”

El anterior fundamento dio lugar a contratar a la señora DIANA MARCELA ROA OME con el fin de que desempeñara el cargo de profesional universitario asistencial-enfermero asistencial:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO *El objeto del presente contrato es LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO PROFESIONAL UNIVERSITARIO ASISTENCIAL-ENFERMERO SUPERIOR por un tiempo no inferior a 44 horas semanales-190 horas mensuales de acuerdo a la Resolución No. 0511 del 22/08/2014 de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional”*

Aunado a lo anterior, se señalaron las actividades que tenía que desempeñar la demandante para dar cumplimiento al contrato:

“13.1 EL CONTRATISTA *se compromete a realizar las actividades propias para las que fue contratado dando cumplimiento a la normatividad y leyes vigentes de carácter general e interno que guarden relación con el Sistema de Gestión Integral (MECI CALIDAD Y SISTEDA). 14 El contratista cuando en ejercicio de su*

profesión deba prescribir actividades y procedimientos médicos y medicamentos deberá acogerse a los acuerdos 02 de 2001, 042 de 2005 y 046 del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y a las Guías de Manejo establecidas y que se establezcan en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional cuando a ello haya lugar Prestar sus servicios profesionales como ENFERMERO (A) PROFESIONAL con conocimientos, para el desarrollo de actividades requeridas por los servicios- realizar actividades e intervenciones y procedimientos establecidos dentro del plan integral del subsistema de salud de fuerzas militares y Policía Nacional-contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad policial donde preste sus servicios, revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios- realizar actividades de consulta en promoción y prevención y procedimientos e intervenciones derivados de la misma- colaborar y propender por el cuidado de los recursos de la entidad (físicos, técnicos y económicos)- los bienes para el desarrollo de las actividades se entregaran por medio de inventarios que debe revisar y conservar- mantener buenas relaciones interpersonales con el grupo de profesionales, con sus compañeros y sus usuarios- verificar el cumplimiento en el área de trabajo y demás dependencias del servicio durante toda la jornada laboral- velar por el usos racional de los insumos, e informar a la coordinación su consumo, para realizar el pedido correspondiente- solicitar con la debida anticipación los elementos necesarios para el cumplimiento de sus funciones- informar oportunamente al supervisor inmediato cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades como cambio de turno, permiso y ausencia transitoria del sitio de trabajo los cuales debe tener el visto bueno correspondiente- llevar los registros de atención diaria de los procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de proceso de costos - brindar una adecuada información acerca de los horarios y requisitos necesarios para el acceso a los servicios que presta la unidad- cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de las historias clínicas de los pacientes- ejercer su profesión con moral y ética- participar en los programas docentes asistenciales que desarrolle la dirección de sanidad- hacer parte de los comités académicos, administrativos, de casos especiales, de juntas medico quirúrgicas y evaluación de las contrataciones administrativas que se lleve a cabo- rendir los informes que dirección de sanidad requiera dentro de los plazos correspondientes- participar en el diseño, implantación, ejecución y evaluación de los programas de salud ocupacional medicina de trabajo, atención consulta externa, promoción y prevención-guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada y que se encuentre bajo custodia obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones que se puedan presentar-cumplir con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social integral en términos del artículo 50 de la ley 789 del 2002- hacer divulgación y desarrollo de todos los programas de Promoción y Prevención en la Seccional de Sanidad Bogotá- coordinar las jornadas de salud de Promoción de la salud y Prevención de la enfermedad, tales como Vacunación. Realización de pruebas rápidas Tamizajes, jornadas educativas, talleres y asesorías entre otras en todas las Direcciones, Estaciones y todas las áreas de la Policía Nacional en Bogotá - Coordinar todo el apoyo logístico para las jornadas de salud que coordinan y desarrollan a nivel Bogotá- tener la información actualizada de los contratos que sirven de enlace en cada Dirección Estación o Área de Trabajo de la Policía Nacional- realizar el cronograma de actividades mensuales y presentarla al jefe inmediato- consolidar información y realizar el Informe del formato 060 al grupo de planeación de la Seccional Bogotá los 23 días de cada mes remitiendo copia del informe al grupo asistencial- realizar los informes diarios de actividades para reportar a la Unidad Médica a la cual pertenece el punto intervenido con el fin de incluir esta productividad en el formato GRIEG- asistir a las reuniones mensuales de Enfermería con el fin de realizar la retroalimentación de las actividades a cada ESP- ingresar al SISAP (PANEL AMBULATORIO), los registros de los usuarios atendidos en los programas de Promoción y prevención- realizar la estadística de los programas para entregar a la enfermera coordinadora de consulta externa los dos primeros días de cada mes, con el fin de que ella envíe el reporte de la

Seccional Bogotá en los primeros días del mes- realizar actividades educativas con nuestros usuarios y fomentar estrategias de Promoción y Prevención- apoyar la realización de pulsos y celebraciones en las estaciones, Direcciones y demás unidades Policiales- desarrollar los programas en el área extramural en coordinación con todo el grupo interdisciplinario (alianza saludable, adulto mayor, inmunoprevención, materno infantil y salud sexual y reproductiva).” (Subrayado fuera del texto)⁸

Tal como quedó expuesto en la parte considerativa del presente fallo, los contratos de prestación de servicios poseen características que los diferencian de una relación laboral, así lo ha determinado el Consejo de Estado, el cual fundamentado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y en la ley 1150 de 2007, dispuso:

“Los contratos de prestación de servicios, en el ordenamiento colombiano se encuentran regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993,⁹ en concordancia con la Ley 1150 de 2007, y se configura cuando: i) Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados¹⁰; ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; ; iii) se acuerde un valor por honorarios prestados. Por la misma naturaleza del contrato, esto tiene vigencia temporal o transitoria y la autonomía e independencia¹¹ del contratista desde el punto de vista técnico y científico,¹² constituyen elementos esenciales del contrato de prestación de servicios.¹³ Y

⁸ Folio 81 del Expediente

⁹ Art. 32: De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

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

¹⁰ Sentencia C-614/09

¹¹ La Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios:

“...Como bien es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere de la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir ordenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales- contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esa naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de **contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”** (énfasis de la Sala)

¹² Significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor según las estipulaciones acordadas. Corte Constitucional. Sentencia C-154-97

¹³ La vigencia del contrato de prestación de servicios es, por su naturaleza, temporal y sólo podrá celebrarse por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto convenido. Y, en caso contrario, como lo ha dicho la Corte

están previstos para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad.

No obstante lo anterior, los denominados contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados cuando: 1) Se demuestran los elementos constitutivos de la relación laboral, a saber: a) Subordinación¹⁴ o dependencia respecto del empleador; b) Prestación personal y; c) Remuneración por trabajo cumplido¹⁵. 2) cuando se contrata para desarrollar funciones de carácter permanente de la entidad.”¹⁶

Frente a estos parámetros encuentra el Despacho:

En primer lugar es evidente que la entidad demandada, contrariando la prohibición establecida en la Ley 80 de 1993, Artículo 32, y el Decreto 1950 de 1973, Artículo 6, otorgó mediante un contrato de prestación de servicios funciones públicas permanentes a la demandante, pues el contrato tenía como objeto la realización de una labor de enfermería, encaminada a la prestación del servicio de salud; funciones inherentes a la misión de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional la cual va enfocada a contribuir a la calidad de vida de nuestros usuarios, satisfaciendo sus necesidades de salud, a través de la administración y prestación de servicios de salud integrales y efectivos; lo que conlleva a concluir que la actora no cumplía labores especializadas ni disímiles a las prestadas por la entidad, sino que por el contrario las mismas desempeñadas por el personal de planta, según se evidencia del manual de funciones del cargo de enfermería superior contenido en la resolución 329 de 2017 Policía Nacional-Dirección de Sanidad (realizar actividades, intervenciones y procedimientos establecidos dentro del plan integral del subsistema de salud de fuerzas militares y Policía Nacional; llevar los registros de atención diaria de los procedimientos, actividades e intervenciones; cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de las historias clínicas de los pacientes; guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada e ingresar al SISAP (PANEL AMBULATORIO), los registros de los usuarios atendidos en los programas de Promoción y prevención).

Aunado a lo anterior, tal como lo dispone el contrato, la demandante debió acogerse a los acuerdos 02 de 2001 “por el cual se establece el Plan de Servicios de

“será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[3]”. C-739-02.

Sentencia C-154-97

¹⁴ *“Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia”. Sentencia C-934/04*

¹⁵ *El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato de trabajo, en los siguientes términos: “...Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal u otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.*

¹⁶ *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS.*

Sanidad Militar y Policial” y al acuerdo 042 de 2005 “Por el cual se establece el Manual Único de Medicamentos y Terapéutica para el SSMP, y se dictan otras disposiciones” los cuales consagran deberes y obligaciones propios de los servidores públicos de la entidad, lo que es contrario a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-154/97⁽¹⁷⁾, al sustentar la exequibilidad condicionada de la frase: “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, contenida en el numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y a la protección Constitucional señalada en el Artículo 25 superior al suplir la insuficiencia de personal mediante contratos de prestación de servicios y permitir que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, en desmedro de los contratistas.

Como segundo punto a analizar está la subordinación, la cual, según lo señalado por el Consejo de Estado, va implícita en la labor de una enfermera:

“Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento. Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.”¹⁸
(Subrayado fuera del texto)

Quiere decir lo anterior, que el solo hecho de que el contrato haya sido suscrito para desempeñar funciones de enfermería, como en el presente caso, da lugar a la existencia de la subordinación, elemento que por sí solo permite definir la presencia de una relación laboral, pero adicionalmente se tiene que la actora debía solicitar ante la entidad, con la debida anticipación, los elementos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; informar oportunamente al supervisor inmediato cualquier novedad en el desarrollo de sus actividades como cambio de turno, permiso y ausencia transitoria del sitio de trabajo los cuales debían tener el visto bueno correspondiente; ejecutar sus funciones en un tiempo no inferior a 44 horas semanales-190 mensuales y que según la constancia vista a folio 117 ostentaba el carácter de enfermera jefe, cargo que mantuvo desde el

¹⁷ Sentencia C-154/97 Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa”, Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

13 de mayo del 2004 al 29 de septiembre del 2015 (fls 135 a 136), en los siguientes periodos:

CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO
07-7-21012-2004	13-MAY-04	27-DIC-04
07-7-20966-2005	19-JUL-05	18-01-06
07-7-20025-2006	10-FEB-06	09-ENE-07
07-7-20926-2007	16-JUL-07	24-OCT-08
07-7-20410-2008	19-NOV-08	18-JUL-09
07-7-20252-2009	10-AGO-09	19-JUL-10
81-7-20102-2010	23/04/2010	20/11/2010
81-7-20-752-2011	12/09/2011	11/03/2012
81-7-20044-2012	26/03/2012	25/10/2012
81-7-201496-2012	26/10/2012	25/08/2013
81-7-20571-2013	26/08/2013	25/06/2014
81-7-20786-14-2014	30/09/2014	29/09/2015

Las anteriores precisiones no solo desvirtúan la presunción del artículo 32 de la ley 80 de 1993 sino que también permiten percibir la existencia de los 3 elementos de la relación laboral: Prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, que en concordancia con lo plasmado por el H. Consejo de Estado¹⁹, otorga "la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos" cuando se encuentran demostrados los elementos esenciales.

Así las cosas, en desarrollo del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, una vez establecido que el actor desempeñó labores idénticas a las de un servidor público, este Despacho, en aras de salvaguardar intereses superiores como la equidad y la justicia, declarará el derecho de la señora DIANA MARCELA ROA OME, a que por el tiempo laborado, PREVIA DETERMINACION DE LA PRESCRIPCION, se le reconozca y pague, las prestaciones sociales a que tenía derecho teniendo en cuenta como base para liquidarlas el valor de los honorarios pactados, conforme a la regla fijada jurisprudencialmente²⁰.

La pretensión de sanción moratoria por el no pago de cesantías no tiene vocación de prosperidad pues dicha indemnización procede en los eventos en que las cesantías ya han sido reconocidas, sin que sea viable reclamar la mora cuando precisamente se encuentra en litigio la declaración del derecho a percibir las; de igual forma no se concederá el pago de perjuicios morales pues no obra prueba de su causación.

Prescripción

¹⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012), Radicación número: 50001, 23, 31, 000, 2005, 10518, 02(1094, 10), Actor: LUZ NELLY URREGO MORENO, Demandado: E.S.E. POLICARPA SALAVARIETTA EN LIQUIDACION

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02

De acuerdo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado²¹, cuyos apartes se dejaron transcritos en la parte normativa y jurisprudencial de esta providencia, el reconocimiento de la relación laboral solo puede pretenderse dentro de los **tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual y si hubo varios contratos** de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado cuya 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.**

La unificación se dio en razón a las distintas tesis que se manejaban sobre el momento en el cual la obligación se hacía exigible.

En dicha sentencia se dejó claro que el término de prescripción contemplado en el **artículo 41 del Decreto 3135 de 1968** (²²) fue declarado exequible con sentencia C-916/10 (²³), y el **artículo 102 de su Decreto reglamentario 1848 de 1968** (²⁴) también fue declarado exequible en virtud de la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional según lo considerado en la sentencia C-072 de 1994 ²⁵,... y por ende es ajustado a la Constitución Política los 3 años de prescripción de derechos laborales a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación, término que solo puede ser interrumpido por una sola vez con la petición que se formule en dicho tiempo.

En el caso sub examine, el último Contrato No. 81-7-20786-14 del 30 de septiembre del 2014 finalizó el 29 de septiembre de 2015 (folio 135), pero por las fechas de los anteriores contratos se puede establecer que la relación se mantuvo de manera indefinida desde el 12 de septiembre del 2011, por cuanto con el anterior contrato (23 de abril de 2010 al 20 de noviembre del 2010) hubo un lapso de 9 meses sin vinculación.

Sin embargo, comoquiera que la petición fue radicada ante la Dirección de Sanidad el 14 de octubre de 2015 (fl.29), se declarará que **los derechos anteriores al 14 de octubre de 2012 se encuentran prescritos.**

Imprescribibilidad de los aportes para seguridad Social.

²¹ H. CONSEJO DE ESTADO Radicación número: 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), Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Contrato realidad (docente), Actuación **Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011**

²² DECRETO 3135 DE 1968 (diciembre 26) H"Aclarado por el art. 1. Decreto Nacional 3193 de 1968, "Reglamentada por el Decreto Nacional 1848 de 1969 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 65 de 1967,

²³ SENTENCIA C-916/10 Referencia: expediente D-8137 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 488 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, 151 (parcial) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 41 (parcial) del Decreto 3135 de 1968 y 102 (parcial) del Decreto 1848 de 1969. Actor: Samir Alberto Bonnet Ortiz. Magistrado Sustanciador: Mauricio González Cuervo. Mediante Sentencia C- 072 de 1994, esta Corte estudió el artículo 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488 y el artículo 151 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.) En dicha ocasión, el demandante argumentaba la violación de los artículos 1, 2, 4, 13, 17, 29, 53, 58, 150, 215 y 229 de la Constitución Política

²⁴ DECRETO 1848 DE 1969 (noviembre 4) por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, subrogado por el artículo 41 del acto legislativo No.1 de 1968.

²⁵ Sentencia No. C-072/94 Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 151 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral) y 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488, Actor : EULOGIO AGUDELO GUEVARA Magistrado sustanciador: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

En la misma sentencia de unificación que se viene tratando se determinó que los aportes para pensión son imprescriptibles

“(ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión,

(iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal;

(iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control;

(vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.”

La providencia fue clara en indicar que **la imprescribibilidad se predica en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones**, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista durante el tiempo en que mantuvo la relación laboral, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Indexación

Las sumas no prescritas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán ajustar con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado²⁶, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se

²⁶ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración de justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, regulada por el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de la siguiente manera:

El Despacho considera que debido a que le asistía fundamento de hecho a la demandante para solicitar el reconocimiento de una relación laboral con la entidad, se condenará a LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-DIRECCION DE SANIDAD a pagar por concepto de costas el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$781.242)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. S-2015-010307 JEFAT-ASJUR-15.1 del 17 de noviembre de 2015 y del oficio No. 108951-JEFAT-ASJUR-15.1 del 16 de diciembre de 2015 proferidos por la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE BOGOTÁ de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN de los derechos causados con anterioridad al 14 DE OCTUBRE DE 2012, - producto de la declaratoria de una relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-DIRECCION DE SANIDAD**, lo siguiente:

- 3.1. **RECONOCER y PAGAR** a la señora **DIANA MARCELA ROA OME**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.885.262, las prestaciones sociales a que tenga derecho el personal de planta que desempeñe las funciones enfermero superior, causadas con posterioridad al 14 de octubre de 2012 (por prescripción trienal) tomando como base para realizar la liquidación el valor de los honorarios pactados.

3.2. LIQUIDAR y CONSIGNAR al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado la ACTORA, las cotizaciones al Sistema General de Pensiones que estaban a cargo de la demandada sobre las prestaciones sociales reconocidas en el presente fallo y que sean objeto de cotización según la ley, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia, deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula señalada en la parte motiva de la presente sentencia, de igual forma se procederá con las sumas que se deben consignar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante.

QUINTO: DAR CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA en los términos artículos 187, 192, 194 y 195 del CPACA.

SEXTO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada por valor de **UN (1) SALARIO MÍNIMO MENSUAL** legal vigente conforme a lo expuesto en esta providencia (\$781.242).

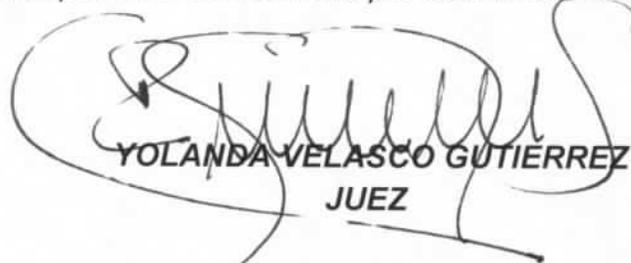
SEPTIMO: DESTINAR EL REMANENTE a favor del Consejo Superior de la judicatura, según lo indicado.

OCTAVO. COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo., una vez en firme a la parte accionada.

NOVENO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

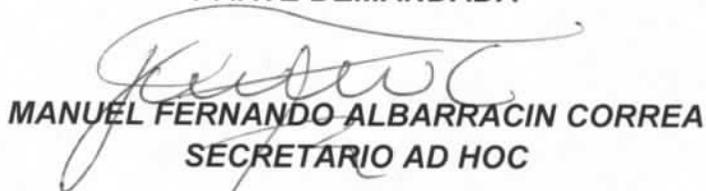
DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

La Señora Juez informa a las partes la posibilidad de interponer el Recurso de Apelación, el cual podrá ser sustentado por escrito dentro del término legal.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

DRA LILIANA ALEJANDRA MURILLO TORRES
PARTE DEMANDANTE

NO HAY APODERADO RECONOCIDO
PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACIN CORREA
SECRETARIO AD HOC