REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00290-00
Demandante: Mireya Beltrán Rojas [1]
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional [2]
Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C., 14 de octubre de 2020.

Sentencia No 56

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación no evidenciando alguna causal de nulidad procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2017-021326/JEFAT-ASJUR-15.l de 17 de marzo de 2017 expedido por el Jefe (E) Seccional Sanidad Bogotá de la Policía Nacional por el cual se negó el reconocimiento del vínculo laboral y pago de emolumentos salariales, prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social a la señora Mireya Beltrán Rojas.
2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se declare:
a) La existencia de una relación laboral entre la demandante Mireya Beltrán Rojas y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, en donde se desempeñó como Auxiliar de Enfermería desde el 06 de octubre de 2004 y hasta el 18 de agosto de 2015, y en virtud de esto se reconozca y pague la diferencia salarial existente entre lo devengado por la demandante y un auxiliar de enfermería de planta.
b) Cancelar todos los haberes laborales correspondientes a prestaciones sociales, trabajo supletorio, (horas extras y recargos nocturnos) pendientes por pagar, así como efectuar la devolución del porcentaje de seguridad social que asumió la demandante y que le correspondía a la Dirección de Sanidad como empleadora, durante el periodo comprendido entre el 06 de octubre de 2004 y hasta el 18 de agosto de 2015, todo esto calculándose sobre el salario previamente nivelado.
c) Se declare que la Dirección de Sanidad debe efectuar la devolución de valor de todas y cada una de las pólizas que tuvo que adquirir la señora Mireya Beltrán Rojas para poder desarrollar los diferentes contratos firmados con ésta entidad.
d) Que se ordene el pago de la indemnización establecida en la ley 50 de 1990 artículo 99 esto es, se cancele un día de salario por día de retardo desde el 15 de febrero de 2005 y hasta la fecha, en virtud a la no consignación de las cesantías en el fondo.
e) Se declare el reconocimiento de la correspondiente indexación de las sumas adeudadas, mes a mes, desde que se originaron las obligaciones hasta que sean reconocidas por tratarse de una obligación de tracto sucesivo; además, se deben reconocer intereses moratorios sobre los anteriores valores.

Tesis del demandante. Señala que la demandante siempre laboró bajo continua subordinación, teniendo que cumplir un horario establecido por el Hospital Central, tal como lo hacían los auxiliares de enfermería de planta, sin embargo, la vinculación de la señora Mireya Beltrán Rojas se hacía mediante contrato de

[1] laboraladministrativo@condeabogados.com marcelaceballos@condeabogados.com
[2] giovanny.franco1269@correo.policia.gov.co disan.asjur-judicial@policia.gov.co geovanny.franco1269@correo.policia.gov.co

prestación de servicios y, como consecuencia de ello nunca durante toda la relación existente, recibió el pago de prestaciones sociales, y, además debía responder por el pago de su seguridad social completa, es decir, sin el aporte patronal, esto junto con la obligación de cancelar pólizas para poder laborar. Destaca que se infringieron por falta de aplicación las normas constitucionales y legales, puesto que, aunque las funciones desempeñadas por la demandante eran permanentes y continuas en la entidad, puesto que hacen parte del giro ordinario de la misma, nunca se creó el correspondiente cargo, ni se realizó la vinculación de la señora Mireya Beltrán Rojas mediante vinculación legal y reglamentaria y, por el contrario, se le mantuvo vinculado a través de múltiples contratos de prestación de servicios, por casi once años, tiempo durante el cual la prestación del servicio fue continua, luego, sus funciones no podían ser desempeñadas por dicho tipo de contrato, sino que era imperativo haber realizado la vinculación laboral, situación ésta que conlleva a la nulidad del acto acusado.

Tesis del demandado. (fl.408): La demandada presentó la contestación extemporánea.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer: 1.- Si la señora Mireya Beltrán Rojas demostró que en la vinculación que tuvo con la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional desde el 06 de octubre de 2004 y hasta el 18 de agosto de 2015, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 2.- Si en el caso concreto operó la prescripción. 3.- Si la demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, y 4.- La devolución de los dineros correspondientes a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, que cotizó la demandante en su totalidad, así como los valores cancelados por pólizas durante todo el tiempo laborado.

Solución al problema jurídico.

Una vez estudiados los cargos, observamos que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional contrató a la demandante Mireya Beltrán Rojas bajo la modalidad de contrato de prestación del servicio, encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor en condiciones equivalentes a la personal de planta, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3,) le asiste el derecho a la señora Mireya Beltrán Rojas, al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre 06 de octubre de 2004 y hasta el 18 de agosto de 2015.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho[3].

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

[3] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

(…)
3º. Contrato de Prestación de Servicios.
"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."[4]

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

""Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «… el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo." [5]

---

[4] Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

[5] Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales[6].

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53[7] de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

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

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

Adicionalmente, 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.

La sentencia C- 154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[8], salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador[9].

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.05001233100020100219 5-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejercito Nacional.

[7] **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

[9] El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [9]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios[10], posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado[11].

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: "por el tiempo estrictamente necesario", partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios[12]/[13].

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente[14]:

i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúe el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral[15].

ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)[16]. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción

---

como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [9]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

[10] Ibídem." b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios". (Resalta el Despacho).

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

[12] Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 "c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente" (Resalta el Despacho).

[13] Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

[14] Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

[15] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

[16] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años[17].

iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público[18].

iv. Asimismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo "onus probandi incumbit actori", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada[19].

El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras de salud

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades[20].

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

> (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
> (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,
> (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.[21]/[22]

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, "en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos"[23].

Estado de la cuestión Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

---

[17] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.
[18] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.
[19] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.
[20] . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.
[21] *Ibídem.*
[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).
[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

(i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.
(ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.
(iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto –

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor del demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2004 y el 18 de agosto de 2015.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora Mireya Beltrán Rojas :

Se tiene que la demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y estuvo vinculada con la Policía Nacional – Dirección de Sanidad –Regional de aseguramiento en salud N.1, como auxiliar de enfermería a través de contratos de prestación de servicios, desde el 6 de octubre de 2004 al 18 de agosto de 2015, según certificación suscrita por el Jefe Grupo Contratos Disan Mayor Nairo Enrique Espinel acredita el tiempo de vinculación desde el 6 de octubre de 2004 al 21 de agosto de 2008 [24]así :

Número de contrato	Plazo : Fecha de ingreso	Fecha de terminación
07-7-21928-2004	06-Oct-2004	05-Ene-2005
07-7-22175-2004	06-Ene-2005	05-jul-2005
07-7-20914-2005	11-jul-2005	10-dic-2005
07-7-21267-2005	11-dic-05	10-ago-2006
07-7-20875-2006	16-ago-06	15-feb-2007
07-7-20061-2007	21-feb-07	20-ago-2007
07-7-20881-2007	22-ago-07	21-ago-08

En certificación suscrita por el Líder del proceso de contratos Seccional Sanidad Luz Mila Gómez de fecha 22 de marzo de 2017, acredita el tiempo de vinculación de la demandante con la entidad, desde el 10 de septiembre de 2008 al 30 de julio de 2014 [25]así :

Número de contrato	Plazo : Fecha de ingreso	Fecha de terminación
81-7-20947-13	29-10-2013	30-07-2014
81-7-201502-12	29-10-2012	28-06-2013
81-7-20591-12	25-06-2012	24-10-2012
81-7-20-1362 DE 2011	24-11-2011	23-06-2012
81-7-20-318 DE 2011	14-06-2011	13-11-2011
81-7-201368 DE 2010	13-12-2010	12-06-2011
81-7-20279 DE 2010	24-06-2010	23-10-2010
07-7-20619 DE 2009	14-09-2009	13-07-2010
07-7-20541 DE 2008	10-09-2008	09-09-2009

[24] Fl 13y 14 pdf 2017-290 C1
[25] Fl 15 y 16 pdf 2017-290 C1

Así mismo , se encuentra acreditado en certificación suscrita por la Jefe (e) del Área administrativa Regional de Aseguramiento en Salud N. 1, [26] el resto del tiempo laborado desde el 31 de julio de 2014 al 18 de agosto de 2015, como fue reconocido al momento de fijar el litigio, así:

Número de contrato	Plazo : Fecha de ingreso	Fecha de terminación
Adición 81-7-20947-13	31 -jul-2014	30 -nov-2014
81-7-201563-14	01-dic-2014	18-ago-2015

La anterior certificación indica como objeto del contrato suscrito por la demandante con la entidad, *la prestación de servicios como técnico asistencial – auxiliar de enfermería.* [27]

De las actividades contratadas con el demandante el último contrato señala las siguientes:[28]

"..15.-Hacer el recibo y entrega de turno de acuerdo a las necesidades de la prestación del servicio en los ámbitos de atención de enfermería, este deberá realizarse con el equipo de trabajo en conjunto - Apoyar a los profesionales de la salud en procedimientos especiales a fin de coadyuvar en la atención integral al paciente. – Aplicar los procesos de ingreso y egreso hospitalarios. - Atender a pacientes de alta, mediana y baja complejidad. – Desarrollar procedimientos pre y post operatorio a los pacientes, observando permanentemente su evolución, signos vitales, administración de líquidos y estado general del mismo. – Mantener informada a la enfermera jefe sobre los procedimientos, exámenes realizados y cambios que observen los pacientes. – Preparar, administrar y registrar medicamentos mezclas y tratamientos especiales; lo anterior en el SISAP o en el sistema de registro implementado. – Supervisar la administración de hemocomponentes y cumplir con el protocolo de administración. – Participar en los programas docentes asistenciales que desarrolle la Dirección de Sanidad mediante convenios con otros centros educativos o de formación (Universidades, Institutos, EPS, IPS, etc.). Dar cumplimiento a los protocolos instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes en las áreas de atención, promoción y prevención, rehabilitación con el fin de garantizar la calidad en la prestación. – Participar en las brigadas de salud programadas con la Dirección de Sanidad en aquellos sitios donde la entidad lo requiera, Asistir y participar en las capacitaciones que el HOCEN Y LA DIRECCION DE SANIDAD dispongan para la socialización de órdenes de servicio, instructivos, directivas, para el funcionamiento de la sanidad policial. Dar cumplimiento y realizar seguimiento a las directivas institucionales que procedan para la realización del servicio. Registrar y diligenciar en SISAP Y PANEL DE ENFEMERIA las actividades realizadas por parte del personal de enfermería a cada uno de los usuarios del subsistema de salud. - Velar y aplicar las medidas de asepsia, bioseguridad, vigilancia epidemiológica, control de infección intra-hospitalaria, de forma que asegure un ambiente sano y seguro de los pacientes. – Participar en la definición, estandarización de los protocolos o instrumentos metodológicos de manejo de atención al paciente en las áreas de atención, promoción prevención y rehabilitación con el fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios.."

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual la Señora Mireya Beltrán Rojas, debía prestar un servicio personal en el cuidado de los pacientes, recibir y entregar turnos, y aplicar los procedimientos propios de enfermería tendiente a la recuperación del paciente.

La prestación del servicio personal se encuentra corroborado por los testimonios recibidos por las señoras LUZ GLADYS BERMÚDEZ VELANDIA, y CLAUDIA MILENA ORTIZ SOSA, quienes de manera uniforme indicaron que la demandante era quien debía cumplir con las funciones asignadas por la Jefe María Eugenia y Martha Hernández y quienes señalaron de manera general de las actividades realizadas generalmente, de las que se infiere que se trata de actividades propias del giro ordinario del servicio del a E.S.E, que por su esencia deben ser desarrolladas de manera personal.

[26] Fl 3 pdf primera parte de antecedentes
[27] Fl. 33-44 primera parte de antecedentes
[28] Fl 33-44 primera parte de antecedentes

b.- Remuneración del servicio prestado:

No hay discusión frente al requisito de la remuneración, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

De las pruebas aportadas obra certificación suscrita por el Jefe Grupo Contratos Disan Mayor Nairo Enrique Espinel que acredita el valor de los contratos de prestación de servicios desde el 6 de octubre de 2004 al 21 de agosto de 2008 [29] , certificación suscrita por el Líder del proceso de contratos Seccional Sanidad Luz Mila Gómez de fecha 22 de marzo de 2017, que acredita el valor mensual por honorarios desde el 10 de septiembre de 2008 al 30 de julio de 2014 [30] y copia de los contratos de prestación de servicios[31], los cuales indican el valor y la forma de pago aclarando que es por mensualidades vencidas.

Los testigos, coincidieron en afirmar que los pagos eran consignados mensualmente a sus cuentas personales BBVA, previo a la presentación de un informe mensual de actividades.

c.- Frente a la Subordinación y dependencia:

Testimonio rendido el día 8 de septiembre de 2020, bajo juramento por la Señora LUZ GLADYS BERMÚDEZ VELANDIA, ex compañera de trabajo de la demandante desde el año 2009 a 2011.

La testigo manifestó que conoce a la señora MIREYA BELTRAL cuando trabajaba en la noche de 7 pm a 7am, noche intermedia en el Hospital Central de la Policía, como auxiliar de enfermería de pediatría, dedicada al cuidado de pacientes, vinculada por contratos de OPS. En la diligencia explica los horarios desempeñados por la demandante, La testigo inicialmente trabajó en la tarde en Hospital Central y, la demandante le recibió el turno por 6 meses, posteriormente, se cambió al turno de noche y en ocasiones trabajó con la señora Mireya Beltrán. Agrega que la jefa María Eugenia no recuerda su apellido con la que trabajó dos años, y Martha Hernández con la que trabajó 1 año, revisaban sus actividades y fijaban los turnos de trabajo. Para el pago de sus honorarios tenía que pasar las novedades, pagos a salud y pensión los 25 de cada mes. Los implementos para sus actividades eran entregados por la entidad; usaban carnet para ingresar al hospital. Señala entre otras cosas que las auxiliares de enfermería de planta no trabajan los domingos y festivos; referente a los horarios indica que los que trabajaban por OPS tenían los mismos horarios que los empleados de planta.

Testimonio rendido el día 8 de septiembre de 2020, bajo juramento por la Señora CLAUDIA MILENA ORTIZ SOSA, ex compañera de trabajo de la demandante desde el año 2007 a 2008.

La testigo indicó que trabajó con la demandante desde año 2007 al 2008 en el Hospital Central de la Policía, en el cargo de auxiliar de enfermería en Pediatría, por contrato de prestación de servicios en el horario de 7 pm a la 7 am y se llevaba una planilla de asistencia; Indica que dependía de la jefe del departamento quien establecía el cuadro de rotación. Explica las funciones desempeñadas por la demandante y señala que existían dos jefes a cargos del personal. Finalmente, agrega que los pagos por los trabajos encomendados eran mensuales a través de una cuenta bancaria.

De los testimonios recepcionados, se infiere que es un hecho probado que la demandante, recibía órdenes de su jefe inmediata, según testimonio fehacientes recibido por sus compañeras de trabajo Luz Gladys y Claudia Milena, quienes trabajaron en la misma entidad con la demandante durante los años 2009 a 2011 y 2007 a 2008 respectivamente, y quien constándole directamente los hechos de la presente demanda y el funcionamiento interno día a día de la entidad., contestaron las preguntas realizadas. Las testigos fueron claras en narrar cual era el horario en el cual tenía que trabajar la señora Mireya; Agregando, que la accionante no podía concertar ese horario puesto que existía una agenda de turnos previamente programada.

---

[29] Fl 13y 14 pdf 2017-290 C1
[30] Fl 15 y 16 pdf 2017-290 C1
[31] Pdf 2017-290 c1

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta.

El despacho le da credibilidad a los testimonios, conforme la coherencia y claridad de sus dichos, además se encuentran respaldados en los siguientes documentos:

.- Certificación suscrita por el Jefe Grupo Contratos Disan Mayor Nairo Enrique Espinel que acredita el tiempo de vinculación desde el 6 de octubre de 2004 al 21 de agosto de 2008. [32]
.- Certificación suscrita por el Líder del proceso de contratos Seccional Sanidad Luz Mila Gómez de fecha 22 de marzo de 2017, que acredita el tiempo de vinculación desde el 10 de septiembre de 2008 al 30 de julio de 2014. [33]
.- Certificación suscrita por la Jefe (e) del Área Administrativa Regional de Aseguramiento en Salud N. 1. [34]
.- Cuadro de turnos desde noviembre de 2008 a diciembre de 2014.[35]

d.- Permanencia en el servicio:

Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario, es la prestación de servicios de salud que se encuentra directamente ligada a la labor desarrollada por la contratista, esto es, la labor de enfermería y el cuidado a cada paciente de acuerdo con la patología y evolución. Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas como auxiliar de enfermería que acreditan que la señora Mireya Beltrán ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E demandada, pues su objetivo era prestar el servicio de salud.

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta, la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, como cualquier funcionario de planta, cumpliendo un horario y prestando el servicio personal en las instalaciones hospitalaria.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 6 de octubre de 2004 al 18 de agosto de 2015, esto es, más 11 años de servicios ininterrumpidos, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permiten concluir la falta de autonomía del demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisada y vigilada por su jefe inmediata, a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones como cualquier otro funcionario de planta; Del material probatorio se infiere que el cumplimiento de su labor requería su permanencia en las instalaciones de la entidad, aunado al hecho que la demandante ejerció sus funciones como auxiliar de enfermería de forma permanente por más de once años pone de presente que la labor ejecutada hacía parte del giro ordinario del hospital y por la que no podía estar vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

---

[32] Fl 13y 14 pdf 2017-290 C1
[33] Fl 15 y 16 pdf 2017-290 C1
[34] Fl 3 pdf primera parte de antecedentes
[35] Fl 177 al 244 pdf 2017-290 C1

Como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, acudir a esta práctica, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido, se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al hospital, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral, así como el ejercicio de subordinación por parte del supervisor de la demandante, situación que generó la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la demandante la labor de auxiliar de enfermería como contratista en condiciones equivalentes al personal de planta.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado que negó la declaratoria de una relación laboral y por consiguiente el pago de los emolumentos salariales y prestacionales que nacen a la vida jurídica junto con esta.

¿**Segundo problema jurídico: opera el fenómeno jurídico de la prescripción?**

Prescripción en materia de contrato realidad[36]

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»[37].

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[38], al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[…] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este […] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciablidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

---

[36] Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDASUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

[37] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

[38] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable 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, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Así mismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciablidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se tiene que no hubo interrupción en los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la reclamación presentada el día 8 de marzo de 2017 y la terminación del vínculo contractual el día 18 de agosto de 2015.

¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Central ?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

> «[…] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.
>
> En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.
>
> Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.
>
> Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.
>
> Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:
>
> […]Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. […]»[39] (Negrillas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[…] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador […] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez a la accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

---

[39] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo

> "De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios."[40]

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados del Hospital Central en el periodo de 6 de octubre de 2004 al 18 de agosto de 2015, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante y realizar los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Ministerio de Defensa como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 6 de octubre de 2004 al 18 de agosto de 2015, tomando como base de liquidación el valor contratado, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Del mismo modo la demandada deberá devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido.

1.- Indemnizaciones:

En cuanto a la indemnización, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual

2- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

---

[40] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

> «Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:
> […]
> 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.
> […]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento

3. En lo referente al pago de los valores correspondientes a retención en la fuente ha dicho el Consejo de Estado qué en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello, por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente[41].

4.- Asimismo, es improcedente en estos casos condenar a la parte demandada al pago por el valor de la póliza única de cumplimiento que el demandante debió comprar para garantizar el contrato suscrito toda vez que el restablecimiento del derecho consecuencia de la declaración de una relación laboral lleva implícito el reconocimiento de prestaciones sociales dejadas de percibir, pero no el pago de valores proporcionados en acatamiento a las obligaciones contraídas en la celebración de contratos de prestación de servicios.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda[42] : R= Rh X INDICE FINAL / INDICE INICIAL[43]

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Oficio No. S-2017-021326/JEFAT-ASJUR-15.I de 17 de marzo de 2017, expedido por el Jefe (E) Seccional Sanidad Bogotá de la Policía Nacional, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre Ministerio de Defensa- Policía Nacional Dirección de Sanidad y la señora MIREYA BELTRAN ROJAS, durante el período comprendido entre el 6 de octubre de 2004 al 18 de agosto de 2015.

---

[41] *Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE, CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15, Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, CP: William Hernández Gómez.*

[42] Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

[43] En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

TERCERO.- Condénese a la Ministerio de Defensa- Policía Nacional Dirección de Sanidad,a pagar a título de indemnización a favor de la señora NANCY PATRICIA GONZALEZ CHACON, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Central, por el tiempo laborado, tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda[44] : R= Rh X INDICE FINAL / INDICE INICIAL[45]

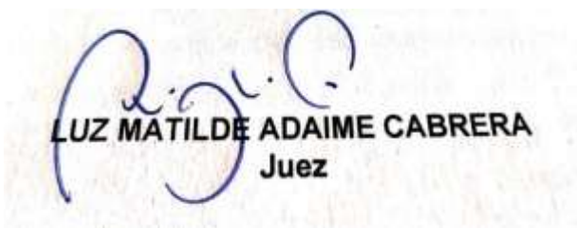
QUINTO. - Negar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO. - SIN COSTAS en esta instancia

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

[44] Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.
[45] En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

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: **726dfd8f2d89fc78706b167f2ab2079e1a5f9664bbaf05854997833815d857eb**
Documento generado en 14/10/2020 06:48:45 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica