

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : CONTRATO REALIDAD
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019** 00021 00
Demandante : DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO
Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Encontrándose el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por el señor DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.707.976 de Bogotá, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD SECCIONAL BOGOTÁ - HOSPITAL CENTRAL DE LA POLICÍA NACIONAL Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del sub lite, de la siguiente manera:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones:

La parte actora solicita se declare:

“PRIMERA: Se declare la nulidad del oficio No. S-2018-068292/DISAN ASJUR-1.101.10 del 15 de agosto de 2018, el oficio No. S-2018-068292/JEFAT-GADFI 29.27 del 21 de agosto de 2018, expedidos por el Director de Sanidad de la Policía Nacional y el oficio No. S-2018-068292/JEFAT-GADFI 29.27 expedido por el Jefe Seccional Sanidad de Bogotá y Cundinamarca, por medio de los cuales se niega el reconocimiento del vínculo laboral y pago de emolumentos salariales, prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social a DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO.

SEGUNDA: *Que a título de restablecimiento del derecho se declare:*

- a) *La existencia del vínculo laboral entre LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL y mi poderdante, DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO, quien se desempeñó como auxiliar de enfermería en el periodo del 16 de abril de 2012 y hasta el 21 de mayo de 2018, así mismo, y en virtud de esto, se ordene el pago de todos los emolumentos salariales (horas extras, trabajo supletorio y recargos nocturnos), y prestacionales, que se dejaron de cancelar durante todo el vínculo laboral.*
- b) *En razón a que nunca se consignaron las cesantías a que tenía derecho el demandante, se ordene el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías al fondo, como lo ordena la ley.*
- c) *Se ordene la devolución del valor de las pólizas pagadas por el demandante durante la relación que tuvo con la POLICÍA NACIONAL, así como la devolución del aporte patronal a seguridad social.*
- d) *En razón a la diferencia salarial existente, se ordene el pago de lo dejado de percibir por el actor, entre el salario por él recibido por salario y prestaciones sociales y lo devengado por asignación salarial y prestacional por un auxiliar de enfermería de planta y/o uniformado.*
- e) *Se ordene 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 acuerde reconocer intereses moratorios sobre los anteriores valores”.*

1.2. Hechos de la demanda

Como sustento de hecho de las pretensiones, la parte demandante narró lo siguiente:

- El señor Dabey Guioivanny Vargas Castro prestó sus servicios profesionales como Auxiliar de Enfermería en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de forma personal, constante e ininterrumpida desde el 16 de abril de 2012 hasta el 21 de mayo de 2018, a través de contratos y/u órdenes de trabajo regulados por la Ley 80 de 1993 y realizaba las funciones de Auxiliar de Enfermería.

- La labor desarrollada por el demandante ha sido con vocación y permanencia en desarrollo de la misión de la entidad, presuntamente y según manifestaciones de la parte actora subordinada de acuerdo a las órdenes de tiempo, modo y lugar, sometido a reglamentos, funciones predestinadas dentro de la entidad, percibiendo como contraprestación unas sumas de dinero pactadas en cada contrato, cumpliendo horarios fijos.

- Mediante reclamación administrativa No. 017816 de 8 de agosto de 2018 ante la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, el actor solicitó el reconocimiento

y pago de las prestaciones sociales y demás derechos resultantes de la relación laboral existente entre las partes, así como el pago de los emolumentos dejados de percibir y la devolución de los aportes a seguridad social que debió cancelar la entidad.

- Por medio de los Oficios Nos. S-2018-066370/DISAN ASJUR-1.10 de 15 de agosto de 2018 y S-2018068292/JEFAT-GADFI-29.27 de 21 de agosto de 2018 la entidad demandada dio respuesta negativa a dicha solicitud.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados violan los siguientes artículos:

- Los artículos 1, 2, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política.
- Los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T y de la SS.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 y los Convenios 87, 98, 100 y 111 de la OIT.
- Código Sustantivo del Trabajo
- Ley 100 de 1993
- Decreto 806 de 1998
- Bloque de constitucionalidad
- Ley 80 de 1993
- Decreto 1950 de 1973
- Decreto 2400 de 1968

El apoderado de la parte demandante manifestó que en el presente caso, las funciones desempeñadas por el accionante eran permanentes y continuas en la entidad, toda vez que hacían parte del giro ordinario de la misma – auxiliar de enfermería- y, que la entidad nunca creó el cargo de planta correspondiente ni realizó la vinculación legal y reglamentaria del accionante, sino que por el contrario lo vinculó a través de múltiples contratos de prestación de servicios por 7 años, desconociendo la relación laboral existente entre el accionante y la entidad, la continua subordinación, la prestación personal del servicio, el cumplimiento de un horario laboral, la no autonomía e independencia en el desarrollo de sus labores contractuales, cumpliéndose los requisitos de un contrato realidad.

Indicó que las funciones desarrolladas por el accionante se realizaron de forma ininterrumpida, conforme a los sucesivos contratos firmados, que cumplió turnos de 12 horas diurnas todos los días y medio turno en las tardes, conforme a los turnos fijados por los coordinadores y que la entidad no tomó las medidas necesarias para formalizar el empleo dentro de la plata de personal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no contestó la demanda, según informe secretarial visible a folio 131 del expediente.

3. AUDIENCIA INICIAL, AUDIENCIA DE PRUEBAS y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO.

- El 11 de septiembre del 2019, se llevó a cabo **audiencia inicial**, en la cual se dispuso que el litigio queda circunscrito a establecer “*la legalidad de los Oficios Nos. S-2018-066370/DISAN ASJUR-1.10 de 15 de agosto de 2018 proferido por el Director de Sanidad de la Policía Nacional y S-2018068292/JEFAT-GADFI-29.27 de 21 de agosto de 2018 proferido por el Jefe de la Seccional Sanidad Bogotá – Cundinamarca y si le asiste derecho o no al demandante a que se le reconozca la existencia de un relación laboral durante el tiempo que ha estado vinculado bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios en la entidad demandada sin solución de continuidad*” y se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora (Fls. 149-166).

- El 23 de octubre de 2019, se llevó a cabo **audiencia de pruebas** en la que se recepcionó el testimonio de la señora Gloria Eugenia Velásquez Bravo (Fls. 158-160).

- El 29 de enero de 2019, se llevó a cabo la **continuación de la audiencia de pruebas**, en la que se recepcionó el testimonio de la señora Alba Lucía Cerinza León, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito (Fls. 163-166).

Alegatos de conclusión

- El 12 de febrero de 2020, la parte demandante presentó alegatos de conclusión en los que refirió que lo que considera se encuentra probado en el expediente respecto de la existencia de la relación laboral entre el actor y la entidad

demandada: i) prestación personal del servicio demostrada con las certificaciones de los contratos expedidas por la entidad demandada; ii) subordinación, demostrada con la prueba testimonial, las tablas de turno (cumplimiento de horario), supervisión del contrato, y iii) remuneración por los servicios prestados, no obstante su asignación era menor a los auxiliares de enfermería de planta porque no le cancelaban las horas extras, recargos, trabajo supletorio, entre otros. Asimismo, hizo referencia al trabajo supletorio y recargos nocturnos (pago de salarios adeudados) e indemnización por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si existió vínculo laboral entre el señor Dabey Guiovanny Vargas Castro y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y si en consecuencia de ello, le asiste derecho al pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales que se le adeuden.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

En el presente asunto se debate la legalidad de los Oficios **Nos. S-2018-066370/DISAN ASJUR-1.10 de 15 de agosto de 2018** proferido por el Director de Sanidad de la Policía Nacional y **S-20180-68292/JEFAT-GADFI-29.27 de 21 de agosto de 2018** proferido por el Jefe de la Seccional Sanidad Bogotá – Cundinamarca, mediante el cual se negó la vinculación de carácter laboral así como el pago de las prestaciones económicas y demás derechos laborales derivados de aquella a favor del señor Dabey Guiovanny Vargas Castro.

4. MARCO NORMATIVO

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco legal aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos

que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de la parte demandante.

En primer lugar, es menester referirse a La Ley 80 de 1993 que en su artículo 32, numeral 3, dispone:

“Artículo 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 Contratos de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden 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.”

El artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo, en los siguientes términos:

“1. (...) Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal o otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 123 consagra los elementos esenciales para que se configure un contrato de trabajo, como son:

- a.) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.*
- b.) *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y*
- c.) *Un salario como retribución del servicio.*

Estos tres elementos, son constitutivos de una relación contractual del trabajador oficial, diferentes de las exigencias previstas para las relaciones legales. Distinta es la situación del contrato de prestación de servicios, al cual la administración por disposición legal puede celebrar con personas naturales, cuando la planta de

personal no alcance para atender eficazmente el funcionamiento normal y adicionalmente, cuando se requieran conocimientos especializados.

Como vimos líneas atrás, la Ley 80 de 1993 contempla que quienes celebren contratos bajo la modalidad de prestación de servicios, no tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por cuanto el propósito de dichos contratos es desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, a fin de satisfacer las necesidades en beneficio del interés público.

Sin embargo, tal situación podría variar cuando se logre demostrar que mediante el contrato de prestación de servicios se pretenda desnaturalizar el contrato de trabajo, relación propia de los trabajadores oficiales que en las entidades públicas distintas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las de Economía Mixta, se dediquen a las labores de construcción y mantenimiento de obras públicas, cuya relación es estrictamente contractual, regida por contrato laboral, así sea que las formalidades indiquen un contrato de prestación de servicios. O en el caso de los empleados públicos, cuando se desnaturalice el propio vínculo laboral.

Así mismo la H. Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997¹, estableció las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, así:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

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

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

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

¹ Sentencia del 19 de marzo de 1997, Expediente: D-1430, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

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

“(…) 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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (Negrilla del Despacho).

En este orden de ideas, se puede colegir que el contrato de prestación de servicios puede ser desnaturalizado siempre y cuando sea evidente la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo cual conlleva el derecho al pago de prestaciones sociales o indemnización a título de restablecimiento del derecho, según sea el caso.

Para desvirtuar el contrato de prestación de servicios se deben acreditar tres elementos característicos de toda relación laboral, así lo manifestó el H. Consejo de Estado en la providencia del 23 de junio de 2005, Expediente No. 0245, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un 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.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...)”

Este mismo criterio fue reiterado por el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en pronunciamiento del 17 de abril de 2008², cuando señaló:

“Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del

² Expediente 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), C.P. Jaime Moreno García.

empleador y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales (art. 53 C.P.).

Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un 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.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.”

Tal tesis, se contraponen a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**” (Se destaca).

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.”

Y en igual sentido la misma Corporación³ posteriormente sobre los elementos que desvirtúan la existencia de un contrato de prestación de servicios expuso:

“No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión. El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

(...)

“El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

(...)

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones (...)

De conformidad con las normas transcritas y la jurisprudencia citada en precedencia, se puede arribar a dos conclusiones: la primera, que para que haya una vinculación laboral se requiere que concurren tres elementos, a saber: a) La **actividad personal del trabajador**, es decir, realizada por sí mismo, b) Continua **subordinación o dependencia** del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, dependencia que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y c) Un **salario** como retribución del servicio, y la segunda, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador, evento en el cual surgirá no la declaratoria de una relación legal y reglamentaria, puesto que

³ Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2009, C.P. Doctora: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

la calidad de empleado público requiere el cumplimiento de ciertos requisitos tanto constitucionales como legales, sino el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales.

Sobre el elemento de la subordinación o dependencia, punto álgido en el caso de autos, en el mismo pronunciamiento la Corte Constitucional⁴ expuso lo siguiente:

“Subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador en el contrato de trabajo.

(...)

7. Esta corporación ha señalado que la relación de subordinación del trabajador es determinante de la relación laboral, que el poder subordinante del empleador comprende de modo general la dirección de las actividades de aquel, la imposición de reglamentos y la función disciplinaria y que el empleador está sujeto en su ejercicio a los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana, a los derechos fundamentales que en ella se sustentan y a los principios mínimos fundamentales en materia laboral, así:

*“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un **poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.***

*“Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el **poder de dirección**, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el **poder disciplinario** que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”.*

De lo anteriormente expuesto, se colige que es imprescindible la acreditación de los elementos descritos para desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios, contrario sensu, evidenciar la relación laboral, que de demostrarse acarreará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, que establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia.

⁴ Sentencia C-154 de 1997.

Finalmente, es conveniente traer a colación la sentencia de 15 de junio de 2011, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrado Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve (Proceso No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)), a través de la cual indicó que el accionante está obligado a demostrar, además de los elementos necesarios para que exista una relación laboral, 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:

“En sentencia de fecha 18 de noviembre de 20034, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, 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. (Subrayado fuera del texto).

5. CASO CONCRETO

En atención a lo expuesto previamente, se procederá a estudiar la situación particular del demandante para establecer si tiene o no derecho a las prestaciones reclamadas, toda vez que la prosperidad del reconocimiento de sus derechos laborales se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra el Despacho a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda.

5.1. Actividad personal del trabajador.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente, específicamente la certificación expedida por el Jefe del Grupo de Contratos del Hospital Central de la Policía Nacional obrante a folio 44 del expediente, la certificación expedida por la Jefe del Grupo de Apoyo Administrativo y Financiero Seccional de Sanidad Bogotá – Cundinamarca obrante a folio 45, la copia de los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 118 a 123, está debidamente probado que el señor Dabey Guiovanny Vargas Castro prestó sus servicios en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Hospital Central como **auxiliar de enfermería** mediante contratos de prestación de servicios por el tiempo comprendido entre el 16 de abril de 2012 hasta el 21 de mayo de 2018.

5.2. Continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, dependencia que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

De los testimonios decretados y practicados en audiencia de pruebas, el despacho extrae lo siguiente:

5.2.1 La señora Gloria Eugenia Velásquez Bravo en diligencia de testimonio (Fl.157), manifestó:

- Conocer el demandante por ser compañero de trabajo en el hospital de la Policía en la unidad de cuidados intensivos-adultos.
- Indicó que lo conoce hace 7 años porque trabajaban en el mismo sitio, y que eso sucedió en el año 2011 -2012.
- En este momento labora de planta en la entidad pero indicó que duro 13 años de prestación de servicio y lleva 6 años de planta en el mismo cargo y actualmente trabaja en la unidad de cuidado intensivo adultos.
- Que, las actividades a realizar como auxiliar de enfermería como contratista son las mismas del cargo de planta, y consisten en la atención al paciente, registros de notas de enfermería, y todo lo que tenga que ver con el cargo.
- Que, recibían instrucciones del departamento de enfermería y del cargo como auxiliar de enfermería. Que cada persona sabe la labor que debe

realizar pero que hay jefes pendientes de lo que se hace. Que una de las instrucciones es la asignación de pacientes que les toca en cada turno, el suministro de medicamentos y las asignaciones de aseo de la UCI.

- Que, siempre se cumple un horario de trabajo y que hay tres turnos de 7:00 am a 1:00 pm, de 1:00 pm, a 7:00 am y de 7:00 am a 7:00pm, y que los de la noche trabajan una noche intermedia.
- Indicó que si en algún momento se llegaba tarde al turno o no se podía asistir al mismo, lo que se debe hacer es informarle al jefe directo que es el jefe de la UCI, a los coordinadores, pasar una constancia de la inasistencia y por la llegada tarde se les hacían llamados de atención.
- Que, existen los cambios de turno que son tres al mes y están autorizados por la jefe del departamento de enfermería.
- Que, las herramientas para desarrollar las funciones son las de la UCI como tapabocas, guantes, jeringas, todo está en el servicio.
- Que, cada uno tiene un carnet que les da el hospital, el departamento de enfermería y recursos humanos es el que les pasa el carnet.
- Actualmente no tiene demanda de contrato realidad contra la entidad demandada.
- Reiteró que los turnos los fija el departamento de enfermería.
- Que, en el cargo de prestación de servicios no existe el pago de horas extras o recargos nocturnos.
- Siempre hay una persona encargada de verificar que el personal asista, hay un listado con el cual la coordinadora verifica que la persona se encuentre prestando el servicio.
- Como prestación de servicios para el pago del sueldo se tenía que pasar la documentación de los pagos al departamento de enfermería en una fecha establecida.

5.2.2 La señora Alba Lucía Cerinza León en diligencia de testimonio (Fl.163), manifestó:

- Ser auxiliar de enfermería
- Conocer al demandante hace 8 años cuando entró a trabajar en la institución – Hospital Central de la Policía como auxiliar de enfermería, y que son amigos teniendo en cuenta que hace 2 años se retiró de la institución.
- Indicó que en la institución existe tres modalidades laborales: personal uniformado, personal de planta civil y el personal de contrato.
- Que existe un cargo de auxiliar de enfermería de planta, que en la jornada

de la mañana estaba Gloria Velásquez, la jefe Yomaira Reina y la jefe Nubia.

- Que, las funciones de enfermería son atención básica a un paciente, cuidado crítico, recibo de turno según el horario establecido, recibo de estado anímico paciente, cuidados básicos paciente, baño paciente, medicación, entrega de turno.
- Que, no hay diferencia entre las actividades realizadas por el auxiliar de enfermería de prestación de servicios y el de planta porque llevaban la misma rutina laboral.
- Que, la jefe asigna las actividades y los pacientes.
- Que, cumplían un horario de trabajo de 7:00 am a 1:00 pm, de 1:00 pm, a 7:00 am y de 7:00 am a 7:00 pm.
- Indicó que inicialmente el accionante ingreso al turno de la tarde y luego lo cambiaron al turno de la noche. Que ella estaba en el turno de la mañana pero que en ocasiones realizaba turnos en la tarde y noche, por lo que compartieron turnos con el accionante.
- El coordinador de enfermería revisa la llegada laboral y dentro del área de trabajo está el jefe que coordina las actividades dentro del área. Refirió que hay varios jefes, el jefe general del hospital, el coordinador de cada turno y el jefe inmediato.
- Manifestó que si no se llegaba de manera puntual al turno le hacen un llamado de atención, para los cargos de planta, pero que en los de contratación tenían que devolver el turno.
- Que el accionante podía realizar cambios de turnos.
- Como herramientas de trabajo los quipos son del hospital, le asignaban termómetros, tensiómetros, les dan elementos para trabajar como tapabocas, vestidos, batas desechables, guantes.
- Que, actualmente no tiene demanda contra la dirección de sanidad de la policía nacional.
- Que, para ingresar a la institución el accionante debía tener un carnet.
- Que, a un auxiliar de enfermería de personal de contrato no les pagan recargos nocturnos y a los de planta si les pagan recargos nocturnos y dominicales.

Teniendo en cuenta lo anterior, del material probatorio que reposa en el expediente y en especial de los testimonios rendidos por las señoras Gloria Eugenia Velásquez Bravo y Alba Lucía Cerinza León quienes fueron compañeras de trabajo con el accionante prestando sus servicios en el Hospital Central de la Policía Nacional (Testigos directos de los hechos), se deduce que las actividades

desarrolladas por el demandante en dicha entidad se ejecutaron en forma subordinada y no independiente, por cuanto:

i) Debía cumplir un horario preestablecido por el departamento de enfermería del hospital (cuadros de turnos visibles a folios 47 a 110), a cuyo efecto tanto los testigos como lo manifestado por el actor en la demanda, concuerdan en que tenían un horario laboral el cual se regía por unos turnos previamente fijados y que la coordinadora de enfermería era la encargada de vigilar el cumplimiento de los turnos (llegada laboral).

ii) La actividad desarrollada por el demandante era presencial en el hospital, ya que consistía en el cuidado básico del paciente (baño del paciente, medicación), registros de notas de enfermería, entrega de turno, entre otras, funciones que son inherentes a la misión del hospital.

iii) El Hospital Central de la Policía Nacional, a través de la coordinadora de enfermería y jefe inmediato impartía órdenes al actor (asignación de actividades y pacientes) quien prestaba el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada.

iv) El demandante podía cambiar el turno asignado previa aprobación de la coordinación de enfermería.

Las anteriores circunstancias, hacen ver al Despacho que lo previsto en la ley y jurisprudencia referida en líneas anteriores, se configura en el presente asunto dado que está demostrada la subordinación del accionante a las órdenes impartidas por la coordinación de enfermería y jefe inmediato del Hospital Central de la Policía Nacional, así como la fijación de horarios de trabajo para la prestación del servicio, por lo que se tipifica una relación laboral con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Sobre este punto cabe resaltar que conforme el artículo 53 de la Carta Política así como la abundante jurisprudencia debe aplicarse en todo momento el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que la entidad demandada quiso darle a los contratos de prestación de servicios firmados con el señor Dabey Guiovanny Vargas Castro por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2012 al 21 de mayo de 2018.

Lo que se considera es una clara desviación del poder por parte de la administración al firmar aproximadamente por 6 años, contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una labor que contrajo la subordinación de los contratistas, sin mediar la solicitud presupuestal, con el fin de disponer el cargo en planta de la entidad y poder otorgar las garantías de un servidor público.

El Consejo de Estado, en un caso similar al que hoy nos ocupa expresó respecto a la celebración de contratos de prestación de servicios sucesivos:⁵

“(…) Adicionalmente, se configura una clara desviación de poder, cuando la administración durante años celebra contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una labor, como ocurrió en este caso. Y, como en el caso de autos se desvirtuó la relación contractual de prestación de servicios que encubría el verdadero vínculo laboral que tenía la actora con la entidad demandada, así ha de reconocerse con todas sus consecuencias indemnizatorias, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con fundamento en el artículo 53 de la Constitución.

*Sobre el tema que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación ha señalado⁶ que la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional y que si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un contratista el **carácter de trabajador al servicio del Estado**, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP, sin que le sea dable conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario; pues el aludido principio, no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.*

De este modo, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, 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. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público”.

De igual manera, en jurisprudencia el H. Consejo de Estado reiteró que en los contratos de prestación de servicios en que se logre desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración se tendrá derecho al

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 25 de agosto de 2011. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11).

⁶ Ver entre otras la sentencia de 17 de marzo de 2011, proferida por ésta Subsección, dentro del expediente N°. 559 de 2010. Actora: Jannette Esperanza García Castiblanco. Sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se reiteraron algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo⁷.

Ahora bien, es imperativo resaltar que las labores desarrolladas por el señor Dabey Guioivanny Vargas Castro, si bien requerían de un conocimiento especializado también lo es que al efectuarse los contratos de prestación de servicios por un tiempo prolongado, esto es por 6 años aproximadamente, no sólo por vía de una actuación contractual podía desarrollarse sino que, contrario sensu, la entidad tenía la posibilidad de solicitar al Gobierno Nacional el presupuesto necesario para crear nuevos cargos en la planta de la entidad, teniendo en cuenta que las funciones realizadas por el actor pertenecen y desarrollan el objeto social de la entidad demandada, por lo que la interior de la misma existían cargos de planta en los que podía nombrar al demandante o como se anunció anteriormente solicitar el presupuesto para nuevos cargos y en esa medida, prestar las garantías necesarias para la vinculación directa como empleado público al actor.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Resolución No. 385 del 20 de mayo de 2011 *“Por la cual se adopta el manual Específico de Funciones y Requisitos para los empleos públicos de la planta de personal civil y No uniformado del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Sanidad Policía Nacional de Colombia”* para el cargo de auxiliar de servicios código 6-1, dispuso la prestación del **servicio de manera presencial**, toda vez que el propósito principal del empleo consiste en *“2. Acudir a las disponibilidades y turnos requeridos de acuerdo a las necesidades para la prestación del servicio de salud; 3. Manejar los instrumentos de control médico (termómetro, tensiómetro, etc), 4. Suministrar los medicamentos; (...) 6. Aplicar las medidas de asepsia y bioseguridad en el área de desempeño para la prevención de la infección intrahospitalaria”*, entre otras. (Fl. 37-38).

Asimismo, en la Resolución No. 329 del 1º de septiembre de 2017, *“Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Competencias para los empleos de los Servidores público no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Dirección de Sanidad”* para el cargo de auxiliar de servicios, se establecieron como funciones *“1. Verificar que las camillas se encuentren funcionando adecuadamente (...) 2. Trasladar pacientes a los diferente servicios (...) 3. Realizar coordinaciones para cambio de tendidos, entregar muestras de*

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, sentencia de 18 de septiembre de 2014, EXP. No. 68001-23-33-000-2013-00161-01, No. INTERNO: 0739-2014, Actor: Elkin Hernández Abreo.

laboratorios y las demás asignadas por el jefe inmediato”, entre otras.

Funciones que coinciden con las que desarrollaba el demandante bajo los contratos de prestación de servicios, entre las que se encuentran: “17. *Asistir a los profesionales de la salud tratantes en los procedimientos a fin de coadyuvar en la atención integral al paciente, 17. Ejecutar el plan de actividades de enfermería teniendo en cuenta el tipo de paciente y su patología (...) 18. Realizar la atención de ingreso, egreso y de traslado de pacientes (...) 19. Realizar notas de enfermería (...) 20. Administración de medicamentos”* (Fls. 118-119).

En consecuencia, es claro que existe identidad de funciones entre los empleados de planta y los empleados contratados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para el desempeño del cargo de auxiliar de enfermería y/o Auxiliar de Servicios Código 6-1, razón de más para determinar que se configuran los elementos del contrato de trabajo.

5.3. Un salario o retribución económica.

Al respecto es del caso indicar que por dicha actividad profesional el accionante recibió como contraprestación un pago por concepto de honorarios, por un valor mensual de \$1.140.135,00 pesos m/cte, según se evidencia de la certificación expedida por el Jefe del Grupo de Apoyo Administrativo y Financiero Seccional de Sanidad Bogotá – Cundinamarca de la Policía Nacional obrante a folio 45 del expediente.

Por otra parte, advierte el Despacho que de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia transcrita con anterioridad, los contratos de prestación de servicios tienen el carácter de ser temporales y en el evento en que se convierten en ordinarios y permanentes la entidad debe adoptar medidas propias. Dicha situación ocurrió en el sub lite, pues de los contratos de prestación de servicios que reposan en el plenario, así como de la certificación de los mismos, se infiere claramente que el accionante prestó sus servicios, sin solución de continuidad desde el **16 de abril de 2012** al **16 de junio de 2013** y desde el **18 de diciembre de 2014** al **21 de mayo de 2018**, situación que aunado al cumplimiento de los elementos del vínculo laboral, permite concluir que al ejecutar el objeto contractual acordado lo hizo en las condiciones propias y esenciales de una relación laboral.

CONTRATO	INICIO	FINALIZACIÓN	
81-7-20134-12	16-abr-12	15-oct-12	Sin solución de continuidad
81-7-201355-12	17-oct-12	16-jun-13	
	Interrupción de 37 días		
81-7-20816-13	9-ago-13	8-jun-14	Con solución de continuidad
	Interrupción 4 meses y 3 semanas		
81-7-201536-14	18-dic-14	20-oct-15	Sin solución de continuidad
81-7-201380-15	11-nov-15	10-sept-16	
81-7-201080-16	26-sept-16	15-ago-17	
96-7-20458-17	22-ago-17	21-may-18	

Realizado el anterior análisis, se concluye sin dubitación alguna que en el caso sub-exámene se configuraron los tres elementos de la relación laboral durante los períodos en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios desde el desde el **16 de abril de 2012** al **16 de junio de 2013** y desde el **18 de diciembre de 2014** al **21 de mayo de 2018**, lo cual determina su existencia, la que fue encubierta bajo un vínculo contractual, reiterando, que ello no comporta el reconocimiento de la calidad de empleado público, toda vez que tal calidad deviene del cumplimiento de ciertos requisitos.

Así las cosas, se tiene que el demandante logró desvirtuar la supuesta autonomía e independencia en el desarrollo del objeto del contrato, toda vez que probó el continuo control y supervisión desplegados por la entidad sobre la labor desempeñada como auxiliar de enfermería en el Hospital Central de la Policía Nacional, superando a todas luces la circunstancia de supervisión necesaria en desarrollo de la actividad contractual y la temporalidad que reviste la naturaleza del contrato de prestación de servicios alegado por el extremo pasivo. En consecuencia, se configuraron los presupuestos para hacer primar la realidad sobre las formas pactadas por las partes.

6. DECISIÓN

El Despacho, de conformidad con los argumentos expuestos, observa que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar por lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia, toda vez que el actor logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto administrativo acusado por no encontrarse ajustados a derecho, de modo que se anulará y en su lugar, se declarará la existencia de una relación laboral entre el señor Dabey Guioivanny Vargas Castro y el Hospital Central de la Policía Nacional, desde el **16 de abril de**

2012 al 16 de junio de 2013 y desde el **18 de diciembre de 2014 al 21 de mayo de 2018** y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el pago a favor del demandante de la diferencia del salario pagado al actor comparado con uno de planta, así como la totalidad de las prestaciones sociales reconocidas a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban la misma labor de **auxiliar de enfermería** o en un cargo similar, tomando el valor que debió pagársele como auxiliar de enfermería o en un cargo similar.

Por otra parte, hay lugar a conceder el reembolso de los aportes para pensión y salud efectuados por el actor durante el tiempo que prestó sus servicios al Hospital Central de la Policía Nacional, los cuales fueron pagados en su totalidad por él en virtud de los supuestos contratos de prestación de servicios, en el porcentaje que por ley corresponda, tal y como lo ordena el H. Consejo de Estado en sentencia calendada el cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia del Doctor: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del expediente con radicado No. 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08), actor: Erika María Novoa Caballero, demandado: Capresoca E.P.S.

Sanción por falta de pago de las cesantías, intereses moratorios y demás indemnizaciones solicitadas en la demanda.

No se ordenará el pago de sanción por la falta de pago de las cesantías, como se solicita en la demanda, habida consideración a que, como lo ha reconocido el Consejo de Estado en forma reiterada, la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo laboral tiene el carácter de constitutiva, por lo que, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta el plazo legal para la consignación de las prestaciones adeudadas⁸, de manera que, aún no se ha causado la mora alegada.

7. PRESCRIPCIÓN

Conforme a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016⁹, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, es menester entrar a analizar la prescripción de los derechos prestacionales pretendidos por el actor.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 25 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11), Actor: Ana Etelvina Malaver Garzón.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, MAGISTRADO Ponente Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, No. de proceso 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0888-2015). Notificada en 3 de febrero de 2017.

Luego, acudiendo a los parámetros establecidos en dicha sentencia, en tratándose de contratos realidad, quien pretenda el derecho laboral, cuenta con tres (3) años para realizar la reclamación administrativa una vez finalice definitivamente el contrato de prestación de servicios, esto frente a las prestaciones sociales y salariales y/o emolumentos económicos pretendidos por el actor, no así, frente a los aportes de pensión; los cuales pueden ser solicitados en cualquier momento por su condición periódica.

Sobre lo anterior, es conducente resaltar lo siguiente:

“En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se haya realizado las correspondientes solicitudes.

(...)

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 que se tendría derecho si la Administración no hubiere 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 reajustes 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 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 pretensiones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

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

Pese a lo anterior, 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 les hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales¹⁰.(subrayado y resaltado fuera del texto).

Luego, conforme a la jurisprudencia transcrita quien pretenda el reconocimiento de un contrato realidad, deberá presentar ante la Administración la reclamación administrativa dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual, esto conforme los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del Decreto 1848 de 1969, término que sería interrumpido por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador; por consiguiente, si el trabajador se excede de los tres años para reclamar los derechos laborales, se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella relación laboral; por cuanto dicha situación se traduce en el desinterés del trabajador frente al empleador y que no puede asumir el Estado como tal.

Frente a lo anterior, en el *sub lite*, de conformidad con las certificaciones visibles a folios 44 y 45, se evidencia que el señor Dabey Guioivanny Vargas Castro se encontraba prestando sus servicios en el Hospital Central de la Policía Nacional, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios desde el 16 de abril de 2012 al 21 de mayo de 2018; no obstante, frente al asunto advierte el Despacho que hubo algunas interrupciones por más de quince (15) días, y en consecuencia, en aplicación de la regla establecida en el artículo 45 de la Ley 1042 de 1978, se generaría aparentemente la prescripción de ciertos contratos, así:

¹⁰ *Ibidem*

CONTRATO	INICIO	FINALIZACIÓN
81-7-20134-12	16-abr-12	15-oct-12
81-7-201355-12	17-oct-12	16-jun-13
	Interrupción de 37 días	
81-7-20816-13	9-ago-13	8-jun-14
	Interrupción 4 meses y 3 semanas	
81-7-201536-14	18-dic-14	20-oct-15
81-7-201380-15	11-nov-15	10-sept-16
81-7-201080-16	26-sept-16	15-ago-17
96-7-20458-17	22-ago-17	21-may-18

De lo anterior, encuentra el Despacho probado que existió interrupción en la relación contractual por más de 15 días hábiles (Art. 45 Ley 1042 de 1978) en los siguientes contratos:

- El **contrato No. 81-7-201355-12** inició el 17 de octubre de 2012 y finalizó el 16 de junio de 2013, y el **contrato No. 81-7-20816-13** inició hasta el 9 de agosto de 2013, existiendo una interrupción en el ciclo contractual de 37 días hábiles entre la finalización del contrato 81-7-201355-12 y el inicio del contrato 81-7-20816-13.
- El **contrato No. 81-7-20816-13** finalizó el 8 de junio de 2014, y el **contrato No. 81-7-201536-14** inició hasta el 18 de diciembre de 2014, existiendo una interrupción en el ciclo contractual de 4 meses y 3 semanas entre la finalización del contrato 81-7-20816-13 y el inicio del contrato 81-7-201536-14.

Ahora bien, la petición de reconocimiento de la relación laboral se realizó el 8 de agosto de 2018 (f. 33-35), por lo que entre la fecha de finalización de los contratos No. **81-7-20134-12** (15 de octubre de 2012), No. **81-7-201355-12** (16 de junio de 2013), contrato No. **81-7-20816-13** (8 de junio de 2014) y la radicación de la petición (8 de agosto de 2018) trascurrieron más de tres (3) años, de ahí que hay lugar a declarar que frente a los contratos celebrados antes del contrato **No. 81-7-201536-14** que inició el 18 de diciembre de 2014 y finalizó el 20 de octubre de 2015, inclusive, operó el fenómeno de la prescripción.

A la conclusión señalada se llega en aplicación de la norma dispuesta en el inciso tercero del artículo 45 de la Ley 1042 de 1978, que en su tenor literal dispone “Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles”.

La norma en comento fue aplicada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el que al resolver un caso similar al que ahora nos ocupa, se estableció:

*“De acuerdo con lo probado **la última interrupción, se dio frente a la orden de prestación de servicios que se suscribió por un mes del 1 al 30 de septiembre de 2005 en tanto que entre el 30 de septiembre de 2005 y el 1 de noviembre de 2005, que fue la fecha de suscripción de la siguiente orden de prestación de servicios, transcurrió un mes, lo que dio lugar a aplicar la regla del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 y desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2008, tal y como se probó, el vínculo contractual fue continuo y permanente, lo Departamento Administrativo de la Función Pública Sentencia 00799 de 2018 Consejo de Estado 19 EVA - Gestor Normativo que quiere decir que el actor podía reclamar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad existió durante este periodo en forma ininterrumpida dentro de los 3 años contados a partir de la terminación del vínculo contractual; lo que en efecto sucedió puesto que el vínculo terminó el 18 de julio de 2008 y la petición se presentó el 29 de enero de 2009. Luego entonces las prestaciones a las que tiene derecho el demandante comprenden el periodo transcurrido entre el 1 noviembre de 2005 y el 18 de julio de 2008. En este sentido se aclarará la sentencia recurrida.**”* (Subrayas fuera del texto original).¹¹

Así las cosas, deberá declararse la prescripción de los contratos efectuados entre el **16 de abril de 2012** y el **8 de junio de 2014**, comoquiera que operó el fenómeno de la prescripción respecto de las prestaciones sociales y económicas a que hubiere lugar; de igual manera, será negado el reconocimiento de los derechos de seguridad social frente a aquellos periodos, en tanto se observa sin asomo de duda que no hubo continuidad en la prestación del servicio, sino que contrario a ello, hubo una interrupción mayor a quince (15) días, por lo que no permite distinguir que existiera una continuidad en el servicio y por ende no se configuraría los requisitos de ley y la jurisprudencia frente al contrato realidad.

En cuanto a los contratos desarrollados entre el **18 de diciembre de 2014** y el **21 de mayo de 2018**, se puede deducir que hay una continuidad permanente en el servicio, de tal manera que en cuanto a dicho tiempo se ordenará el reconocimiento de las prestaciones sociales y emolumentos a que haya lugar, con fundamento de la relación laboral debidamente probada y reconocida en el proceso; lo anterior se establece, teniendo en cuenta para el efecto la sentencia de 2 de marzo de 2017, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrada Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez (Proceso No. 63001 23 33 000 2013 00018 01(2211 2014)).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. M.P. Dr. César Palomino Cortés. Rad. 68001-23-31-000-210-00799-01. Sentencia del 26 de julio de 2018.

En este orden de ideas, se ordenará a la entidad accionada pagar las sumas adeudadas a la actora en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral de conformidad con lo señalado en la parte motiva, atendiendo a los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional y actualizar las sumas con los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Ésta providencia deberá cumplirse en los términos previstos en los artículos 192 al 195 del C.P.A.C.A.

8. COSTAS

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR de oficio probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia de los contratos

surgidos en los periodos comprendidos entre el **16 de abril de 2012** y el **8 de junio de 2014**, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los Oficios **Nos. S-2018-066370/DISAN ASJUR-1.10 de 15 de agosto de 2018** proferido por el Director de Sanidad de la Policía Nacional y **S-20180-68292/JEFAT-GADFI-29.27 de 21 de agosto de 2018** proferido por el Jefe de la Seccional Sanidad Bogotá – Cundinamarca, mediante el cual se negó la vinculación de carácter laboral así como el pago de las prestaciones económicas y demás derechos laborales derivados de aquella a favor del señor DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.707.976 de Bogotá.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **Hospital Central de la Policía Nacional**, a reconocer y pagar a favor del señor DABEY GUIOVANNY VARGAS CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.707.976 de Bogotá, la diferencia salarial entre lo pagado en el cargo de planta y lo cancelado por honorarios en el cargo de Auxiliar de enfermería, las prestaciones sociales que correspondan a los empleados de planta que desempeñaban similar labor y de forma proporcional tomando como base el salario que se pagó a aquel funcionario de planta comparado con los honorarios contractuales cancelados al actor, encontrando de esta forma la diferencia por el periodo en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el **18 de diciembre de 2014** y hasta el **21 de mayo de 2018**.

CUARTO.- Ordenar al demandante acreditar los aportes a pensión y salud que debió efectuar a los fondos respectivos durante el periodo en que se certificó la prestación de sus servicios, a fin de que el **Hospital Central de la Policía Nacional**, le cancele el valor respectivo. En su defecto, la entidad demandada efectuará las cotizaciones a que haya lugar, descontando de las sumas adeudadas a la actora el porcentaje que a ésta corresponda.

QUINTO.- Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- A las anteriores declaraciones se les dará cumplimiento dentro del término de los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

OCTAVO.- Sin condena en costas.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos procesales, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

AN