REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2022)

RADICACION: 73001-33-33-752-2014-00268-01 (Int. 00692-2019)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ
DEMANDADO: LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
TEMA: CONTRATO REALIDAD – AUXILIAR DE ENFERMERÍA

ANTECEDENTES

La señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ, a través de apoderado judicial, formula medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, con las siguientes pretensiones:

"1. DECLARESE LA NULIDAD del oficio N° S – 2014 – 004648 ARSAN – JEFAT – 29 – 22 del 2 de octubre de 2014, por medio del cual el Jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima, previa solicitud hecha al Comandante Departamental, NEGÓ el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales durante la vigencia de los siguientes contratos de prestación de servicios:

CONTRATO	VALOR MENSUAL	PLAZO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
40- 7-20015	$900.000.oo	TRECE (13) MESES	01/04/2008	30/04/2009
ADICIÓN	$900.000.oo	SEIS MESES	01/05/2009	31/10/2009
40-7- 20132	$945.000.oo	DOS (2) MESES Y VEINTITRES (23) DIAS	09/12/2009	28/02/2010
40-7-20049	$1.062.600.oo	NUEVE (9) MESES Y TRES (3) DÍAS	29/03/2010	31/12/2010
40-7-20011	$1.096.284.oo	SEIS (6) MESES	09/02/2012	08/08/2012
40-7-20120	$1.096.284.oo	DIEZ (10) MESES Y VEINTISIETE (27) DÍAS	04/09/2012	31/07/2013
40-7-20150-13	$1.236.000.oo	ONCE (11) MESES QUINCE (15) DIAS	12/08/2013	26/07/2014.

2.2.- ORDENAR a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO lo siguiente:
2.2.1.- Reconocer y pagar en favor de DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ el valor equivalente a las prestaciones salariales y sociales devengadas por los empleados públicos administrativos de planta de la Policía Nacional tales como

cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios, primas de vacaciones, de servicios y de navidad, la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, compensación en dinero de las vacaciones, entre otros rubros que deberán ser cancelados debidamente actualizados a los valores monetarios reales, conforme al índice de precios al consumidor (IPC), o al por mayor durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios descritos en el numeral 2.2.1.

2.2.2- Reconocer y pagar en favor de DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ el valor del trabajo que sobrepasa la jornada máxima legal, dominical y festivo devengado por los empleados públicos administrativos de planta de la Policía Nacional durante el tiempo laborado en vigencia de los contratos de prestación de servicios descritos en el numeral 2.2.1.

2.2.3.- Reconocer la indemnización de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, subrogado por el art. 5° de la ley 1071 de 2006 hasta el día en que ocurra el pago real y material de las cesantías definitivas adeudadas en favor de DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ.

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

HECHOS

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos:

"1.- DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ fue vinculada por la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL a través de los contratos de prestación de servicios N° 40-7-20015 de 2008 con su respectiva adición, 40-7-20132 de 2009, 40-7-20049 de 2010, 40-7-20011 de 2012, 40-7-20120 de 2012 y 40-7-20150 de 2013 cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como auxiliar de enfermería en el área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima.

2.- Los servicios personales aludidos en el punto anterior, se ejecutaron en desarrollo de los programas misionales y permanentes que la entidad contratante llevaba a través del área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima.

3.- La relación que existió entre las partes se caracterizó por tener los tres elementos que son propios de una vinculación laboral, la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.
4.- Las labores ejecutadas por DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ se desempeñaron personalmente y de manera ininterrumpida, según los turnos que para el efecto le fijaba la ENFERMERA JEFE de la referida área de sanidad, en las

horas y días programados por la Dirección de Sanidad de Policía del Tolima, en jornadas ordinarias de seis (6) y ocho (8) horas diarias, incluidos algunos domingos y festivos.

5.- En las actividades que desarrolló mi poderdante, eufemísticamente denominada "contratista", NO disfrutaba de ninguna autonomía en la prestación del servicio; pues las personas encargadas de supervisar y controlar las funciones y actividades de las auxiliares de enfermería eran las ENFERMERAS JEFES de planta al servicio de sanidad de la policía nacional en el departamento del Tolima.

6.- Los contratos u órdenes de prestación de servicios en consideración a su permanente y sistemática renovación desvirtuaron el carácter de temporal y de tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto del contrato.

7.- Las funciones ejercidas por DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ se enfocaban a satisfacer necesidades propias y permanentes de la administración encarnada en el área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima del 1° de abril del año 2008 al 26 de julio de 2014.

8.- Los referidos contratos de prestación de servicios de ninguna manera corresponden a la esencia y finalidad del contrato de éste tipo, pues buscaban satisfacer necesidades propias, misionales y permanentes de la administración.

9.- Para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 TAN SOLO EXISTÍAN DOS AUXILIARES DE ENFERMERÍA DE PLANTA en el área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima.

10.- En el área de Sanidad de la Policía en el Departamento del Tolima para los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 existían quince (15) auxiliares de enfermería por contrato de prestación de servicios.

11.- El pasado 14 de agosto de 2014, DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ elevó la correspondiente solicitud ante el Señor COMANDANTE DE POLICIA EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA para efectos de que le fuera reconocida su relación laboral durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios N° 40-7-20015 de 2008 con su respectiva adición, 40-7-20132 de 2009, 40-7-20049 de 2010, 40-7-20011 de 2012, 40-7-20120 de 2012 y 40-7-20150 de 2013 cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como auxiliar de enfermería en el área de sanidad del Departamento de Policía del Tolima, y como corolario de ello, el pago de una serie de acreencias prestacionales.

12.- El DEPARTAMENTO DE POLICIA DEL TOLIMA, a través del oficio N° S – 2014 – 004648 ARSAN – JEFAT – 29 – 22 del 2 de octubre de 2014 suscrito por el Jefe del Área de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima, previa solicitud hecha al Comandante Departamental, se pronunció negando la reclamación solicitada.

13.- El DEPARTAMENTO DE POLICIA DEL TOLIMA, no dio la oportunidad de conceder

el recurso de apelación contra el Oficio N° S – 2014 – 004648 ARSAN – JEFAT – 29 – 22 del 2 de octubre de 2014; por lo que dicho requisito no es obligatorio para la demandante a la luz del artículo 161 numeral 2° del CPACA.

14.- Mi poderdante durante el tiempo en que prestó sus servicios, es decir, del 1° de abril del año 2008 al 26 de julio de 2014, se desempeñó con eficiencia, responsabilidad, decoro, honestidad, colaboración, entusiasmo y lealtad con la entidad y sus empleados y, jamás fue sancionada por el servicio prestado.

15.- La propiedad de los implementos, materiales, equipos e insumos utilizados por DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ en la prestación personal del servicio como auxiliar de enfermería estaba a cargo del MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL.

16.- Las entidades demandadas han violado injustificadamente el contenido del artículo 7° del Decreto 1950 de 1973, al vincular a DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ a través de contratos de prestación de servicios en procesos misionales y permanentes al interior del área de sanidad de la policía en el Departamento del Tolima.2

17.- A través de derecho de petición adiado el 14 de agosto de 2014, DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ solicitó expresamente al Jefe de Sanidad del Departamento de Policía del Tolima suministrar la siguiente documentación CON RESULTADOS INFRUCTUOSOS, TODA VEZ QUE NUNCA LA REMITIERON: A) copia autentica junto con las actas de iniciación y liquidación de los contratos de prestación de servicios celebrados. B) certificar la vigencia de los contratos de prestación de servicios. C) copia autentica de los cuadros de turnos del personal de auxiliares de enfermería que prestaron sus servicios en el área de sanidad de la policía nacional en el Municipio de Ibagué durante los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013; o si estos tenían una jornada laboral previamente establecida.

18.- El 30 de octubre de 2014 se radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, conforme lo establece el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.3

19.- El 1° de diciembre del año 2014 se declaró fallida la audiencia de conciliación en las dependencias de la Procuraduría 26 Judicial Administrativa de Ibagué.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad nunca celebró contrato laboral con la demandante sino un contrato de prestación de servicios, dado que a la Policía Nacional desde tiempo atrás no puede hacerlo, ni tampoco crear los cargos para nombrar personal médico, ni paramédico para atender la población beneficiaria del Subsistema de Salud para la Policía Nacional (Afiliados y beneficiarios) debido a que el Gobierno Nacional ha venido

recortando la planta de personal en todas las entidades del Estado y a ello no ha sido ajena la Institución Policial.

Asegura, que la accionante como contratista no podía adquirir ninguna relación laboral con la Policía y por ende, tampoco podía devengar prestaciones sociales. Agrega que no se puede afirmar que se le haya terminado un contrato sin justa causa pues lo que aconteció fue el agotamiento del plazo contractual y la administración no está obligada a indemnizarla por prescindir de sus servicios.

Aclara que cuando se notifica una programación se realiza es por las necesidades del servicio y no se ha demostrado que la accionante haya demandado los contratos de prestación de servicios, ni ha demostrado que en la planta de personal de la entidad existieran vacantes para auxiliar de enfermería que se hubieran dejado de cubrir y en su lugar se hubieran efectuado sus vinculaciones mediante contratos de servicios.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el día 7 de diciembre de 2018 accedió a las pretensiones y en tal sentido, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2014-004648 ARSAN-JEFAT-29-22 del 2 de octubre de 2014 expedido por el Jefe de Área de Sanidad Tolima de la Policía Nacional, por medio del cual se niega la petición del 14 de agosto de 2014, consistente en el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de emolumentos laborales, por los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL existió una relación laboral, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> *TERCERO: DECLARAR que los derechos laborales causados con anterioridad al 14 de agosto de 2011 se encuentran prescritos, de conformidad con las consideraciones expuestas en l aparte motiva de este fallo.*
>
> *CUARTO: Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL a reconocer y pagar a la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ las horas extras laboradas durante los meses de abril, mayo y julio del año 2013; es decir 18, 1 y 10 horas respectivamente. Como también, los recargos por trabajo dominical y festivo laborados en las siguientes fechas: (…)*

QUINTO: Así mismo, a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ, identificada con la cédula No. 39.576.607, el auxilio de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación de servicios prestados y bonificación por recreación, durante los periodos comprendidos entre:

Del 9 de febrero de 2012 al 8 de agosto de 2012
Del 4 de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013
Del 12 de agosto de 2013 al 26 de julio de 2014.

Teniendo en cuenta para ello, el valor devengado por las auxiliares de enfermería que laboran en la planta de la Dirección de sanidad, según certificación obrante a folio 37 del cartulario.

SEXTO: Las sumas reconocidas deberán ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

SEPTIMO: También a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL tomar durante el tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2008 y el 26 de julio de 2014, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo Fondo o entidad administradora de Pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

OCTAVO: NIEGUESE la pretensión de la demanda referente al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías correspondiente de conformidad con las razones anteriormente expuestas.

Como fundamento de su decisión, expuso que de acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso y lo manifestado por los testigos Carlos Andrés Camacho y Nubia Espinosa se verificó que la demandante cumplió horario de conformidad con los turnos establecidos en el cuadro de disponibilidad establecida por la Jefe de Enfermeras de la Unidad de Sanidad; que estaba bajo subordinación del Jefe de Coordinación, quien dirigía sus actividades, velaba por el cumplimiento de sus funciones y de las políticas de la entidad, y aprobaba informe de actividades; que las actividades que debía cumplir eran misionales de la entidad demandada en tanto que están directamente relacionadas con la prestación del servicio público esencial de salud; que las labores realizadas por la actora tuvieron una remuneración como se desprende de los contratos celebrados y las órdenes de pago respectivas; que aunque los contratos no fueron continuos y se presentaron lapsos entre cada uno, tuvieron una permanencia en el tiempo por seis años y que cumplía las mismas funciones que los auxiliares de enfermería de planta.

Indica, que atendiendo a que la primera vinculación se hizo el 1 de abril de2008 y la última se produjo en el año 2013 y la reclamación de los derechos se hizo en el 2014, los derechos se encontraban parcialmente prescritos, en atención a lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, que establece que los derechos laborales prescribirán en un término de tres (3) años contados a partir del momento en que los mismos se hicieron exigibles.

Explica, que entre cada contrato suscrito transcurrieron diferentes periodos de tiempo, por lo que el actor debía efectuar la correspondiente reclamación administrativa por cada contrato solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las acreencias laborales que de ella se derivan dentro de los tres años siguientes, por lo que como la reclamación fue presentada el 14 de agosto de 2014, los derechos laborales causaos con anterioridad al 14 de agosto de 2011 se encuentran prescritos (Contrato No. 40-7-2015/2008 y su adición, Contrato No. 40-7-20132/2009 y contrato No. 40-7-20049/2010), es decir que a partir del contrato No. 40-7-2011/2012 que inició el 9 de febrero de 2012 se ordena el correspondiente reconocimiento y pago.

Manifiesta, que al declarar la existencia de una relación laboral ordena el pago de los derecho laborales causados de conformidad con los decretos 1042 y 1045 de 1978: auxilio de cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de servicios prestados, bonificación por recreación y el trabajo suplementario, surgidos respecto a los contratos No. 40-7-2011/2012 , Contrato No. 40-7-20120/2012 y Contrato No. 40-7-20150-13.

En cuanto a la pretensión de sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías, se negará toda vez que con la sentencia se constituye el derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que debe ordenarse el pago de todas las acreencias ordenadas desde el inicio del contrato realidad, es decir, del 28 de abril de 2008 y no desde el 14 de agosto de 2011, toda vez que cuando se trata de sentencias declarativas o constitutivas de derechos no opera la prescripción trienal, en tanto la misma tiene relevancia es a partir de la ejecutoria de la decisión judicial que declara los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

Agrega, que la prescripción debe contarse desde la sentencia declarativa, por lo que el contratista debe reclamar sus derechos dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del último contrato.

Señala, que no se incorporó en el numeral 5º de la sentencia la condena por intereses a las cesantías y la duodécima parte de las primas de navidad.

Parte demandada

Recurre la decisión de primera instancia al considerar que en el presente caso no se cumplen los elementos constitutivos de la relación laboral, pues el accionante aceptó los términos y cláusulas del contrato de prestación de servicios, los cuales eran de su pleno conocimiento y si bien se le solicitaban requerimientos de informes y solicitudes de la actividad desarrollada, es debido a que se trata de una actividad que debe ser supervisada por la entidad para velar por la debida ejecución del contrato al tratarse de la seguridad del paciente y el cumplimiento oportuno del objeto contractual, incluso así quedó plasmado desde el inicio en los contratos de prestación de servicios.

Indica, que el hecho que la labor desempeñada por la demandante la haga de manera coordinada bajo las directrices de la enfermera jefe de sanidad DETOL no le otorga el status de empleada pública y la coordinación no se puede considerar como una forma de subordinación.

Manifiesta, que la entidad no cuenta con el personal suficiente para satisfacer la totalidad de requerimientos de salud integral de los afiliados y beneficiarios del sistema de salud y se presentó un incremento en la capacidad de los servicios asistenciales en la parte de salud, por lo cual se contrató la prestación de servicios de salud de auxiliar de enfermería.

Enuncia, que el hecho que las entidades estatales realicen una supervisión de las actividades de los contratistas respecto a la ejecución de los contratos donde la misma hace de parte contratante, constituye una obligación legal radicada en su cabeza, sin que esto signifique, que se esté ante una relación de subordinación laboral pues es lótico que la administración esté alerta al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la contratista.

Solicita revocar la condena en costas y agencias en derecho en tanto no figura prueba de que la entidad policial haya ejercido su defensa con fines ilegales, dolosos o fraudulentos, ni entorpecimiento del desarrollo normal del proceso, ni mucho menos mala fe.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 18 de junio de 2019, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la partes, y en providencia del 11 de agosto de la misma anualidad, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Publico para que emitiera su concepto.

Dentro del término concedido, las partes reiteraron lo expuesto en sus anteriores intervenciones**.**

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, en segunda instancia, tal como lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso bajo estudio, se contrae a establecer si a la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRÍGUEZ, le asiste derecho a que se le reconozca y pague las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato

realidad) con la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, o si por el contrario no le asiste el derecho deprecado.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, estableció las diferencias entre el **contrato de carácter laboral** y aquel de **prestación de servicios**, así:

> *"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."* (Se destaca)

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado **cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador,** evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber:

- **La subordinación,**
- **La prestación personal del servicio y,**
- **La remuneración por el trabajo cumplido.**

Es pertinente destacar que el reconocimiento de un servicio laboral a favor del estado, no implica conferir la condición de **empleado público,** pues, según lo ha señalado nuestro órgano de cierre, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

> "*Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución*

> *y en la Ley.* ***La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.".***[1] (Se destaca)

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

> *"Es inaceptable, además, porque 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."*

Es pues, que son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de **contratos de prestación de servicios** con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 32 de la ley 80 de 1993.

Además, porque si bien 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 que conlleva a que deban someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. **Sin que por ello deba predicarse, que en todos los casos, lo que se presenta es un contrato realidad.**

Bajo este entendido, en el fallo que se viene refiriendo, el Consejo de Estado ha precisado que por tal razón, resulta obvio que las actividades a desarrollar en el ejercicio de la labor contratada, se encuentre coordinada según las pautas de la entidad contratante, así:

> *"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.*

[1] Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

> ***<u>En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”</u>*** (Se destaca)

Por otro lado, específicamente, el tema de la subordinación en el contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, al analizar la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral, definió:

> *“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto,* ***para que aquél se configure se requiere 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 órdenes 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 esta 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 horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”*** (Destaca la Sala)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación

inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

En este mismo sentido, nuestro órgano de cierre en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad 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, razonando 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 contrato de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.*
>
> *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 desarrolla 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, (…)."* **(Resalta la Sala)**

Lo anterior traduce, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independiente de la denominación jurídica que se les haya dado a dicha relación.

Lo anterior, ha sido el lineamento que nuestro órgano de cierre ha venido manejando es así como en sentencia del 08 de mayo de 2014, proferida dentro del expediente Nro. 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, quien al tratar nuevamente sobre el elemento subordinación al tratar de acreditar una relación laboral, expuso:

> *"En sentencia de 18 de noviembre de 2003[1], 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,[2] 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.*
>
> *Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario*

---

[1] Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.
[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

> *que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos (…)"*

Así las cosas, y acuerdo con lo anteriormente expuesto se recoge que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, **que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.**

En ese orden de ideas, tenemos que la prosperidad de las pretensiones con el fin de demostrar la verdadera existencia de una relación laboral, depende exclusivamente de la actividad probatoria desplegada por la parte demandante tendiente a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita, y ello es posible cuando se acredita con suficiencia los elementos ya reseñados, en especial el que corresponde a la subordinación, en tanto que el mismo teje un delgada línea que diferencia las relaciones contractuales en que se enmarca el contrato de prestación de servicios de una relación laboral.

DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde unificó su jurisprudencia en torno al tema del contrato,** recordando los elementos que se deben probar para configurarse, y además de ello, estableció 3 reglas, una que define el término del concepto "término estrictamente indispensable", el cual gira en torno a demostrar la necesidad del servicio para contratar mediante prestación de servicios, de forma temporal y no permanente, para lo cual indicó:

> *"En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» (…) los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por*

> *haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente."*

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, previó la segunda regla en cuanto a la flexibilización que debe tener en cuenta el Juez al momento de determinar si hubo solución de continuidad, previendo un término de 30 días hables entre un contrato y otro, señalando:

> *"[C]onviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. […] [**L**]**a Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado"*** (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Finalmente, prevé una tercera regla de unificación en cuanto a la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por parte del contratista en seguridad social, donde manifestó

> ***"****En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (…) tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los*

> *aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que,* ***frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal."***

La Sala Plena del Consejo de Estado, en su sentencia de unificación resume las reglas, así:

> *"(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*
>
> *(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.*
>
> *(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal."*

DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

El H. Consejo de Estado **en decisión de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente Nro. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), unificó su jurisprudencia en torno al tema del**

contrato realidad en cuanto a la prescripción, sobre el cual efectuó las siguientes precisiones:

> *"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 Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*
>
> *Respecto a la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tiene 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, irrenuciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenuciabilidad a la seguridad social.*
>
> *Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de "…primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.*
>
> *(….)*
>
> *Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintita no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son*

susceptibles del mencionado fenómeno, por no tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(….)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a un pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(…)

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia."

De igual manera, es en esta decisión que se fijan unas reglas jurisprudenciales que han de ser los derroteros para resolver asuntos relacionados con el contrato de realidad:

"(…)

i)Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hecho por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidente al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener un pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso – administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro – contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Sobre la posición de la prescripción en torno al contrato realidad, fue reiterada en la reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del

Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde señaló:**

> ***"Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia.*** *En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, […] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. […] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.* ***Unificación del término de interrupción o solución de continuidad.*** *[…] [A]unque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado* ***establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios,*** *sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. […] (subraya fuera del texto original)*

A su vez, el Consejo de Estado complementó la anterior regla, indicando[3]:

> *"[C]omo complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:* ***Primera:*** *cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.* ***Segunda:*** *en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura*

[3] Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).**

> *la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse."*

En ese orden de ideas, en cuanto al tema de la prescripción en los procesos en que se alegue la existencia de un contrato realidad, la Sala Plena del Consejo de Estado, reiteró que su término es trienal, el cual cuando concurran todos los elementos constitutivos de una relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, no han transcurrido más de 30 días hábiles, y dado el caso, de establecerse que no hay solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, encontramos que la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRÍGUEZ, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, pretendiendo que se declaré la existencia de un contrato laboral (realidad) desde el 01 de abril de 2008 al 26 de julio de 2014, tiempo en que prestó sus servicios como auxiliar de enfermería a favor de la entidad demandada, debiéndose ordenar el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales causadas durante dicho tiempo.

Por su parte, LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACINAL, contestó la demanda aludiendo que no es procedente reconocer ni pagar las acreencias laborales reclamadas por la actora, como quiera que lo único que existió fue una relación meramente contractual derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, para que ejerciera funciones como auxiliar de enfermería de manera autónoma e independiente, razones por las que solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Una vez agotadas las correspondientes etapas procesales, el Juez de primera instancia profirió sentencia el día 7 de diciembre de 2018, accede a las pretensiones de la demanda, al considerar que, de conformidad con el material probatorio del plenario, encontró acreditado que se configuraban los elementos necesarios, para demostrar que entre las partes realmente hubo una relación laboral, ordenando el reconocimiento y pago de horas extras, recargos por trabajo dominical y festivo laborados, auxilio de cesantías, vacaciones, prima de

vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación de servicios prestados y bonificación por recreación, durante los periodos comprendidos entre:

Del 9 de febrero de 2012 al 8 de agosto de 2012
Del 4 de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013
Del 12 de agosto de 2013 al 26 de julio de 2014.

Lo anterior, teniendo en cuenta para ello, el valor devengado por las auxiliares de enfermería que laboran en la planta de la Dirección de sanidad.

De igual forma, ordenó tomar durante el tiempo comprendido entre el 1 de abril de 2008 y el 26 de julio de 2014, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo Fondo o entidad administradora de Pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

Así mismo, negó la pretensión de la demanda referente al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías correspondiente, al considerar que en la sentencia se constituía el derecho y es a partir de allí que nacen las prestaciones a favor del beneficiario.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que debe ordenarse el pago de todas las acreencias ordenadas desde el inicio del contrato realidad, es decir, del 28 de abril de 2008 y no desde el 14 de agosto de 2011, toda vez que cuando se trata de sentencias declarativas o constitutivas de derechos no opera la prescripción trienal, en tanto la misma tiene relevancia es a partir de la ejecutoria de la decisión judicial que declara los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores.

Agrega, que la prescripción debe contarse desde la sentencia declarativa, por lo que el contratista debe reclamar sus derechos dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del último contrato.

Señala, que no se incorporó en el numeral 5º de la sentencia la condena por intereses a las cesantías y la duodécima parte de las primas de navidad.

Parte demandada

Recurre la decisión de primera instancia al considerar que en el presente caso no se cumplen los elementos constitutivos de la relación laboral, pues el accionante aceptó los términos y cláusulas del contrato de prestación de servicios, los cuales eran de su pleno conocimiento y si bien se le solicitaban requerimientos de informes y solicitudes de la actividad desarrollada, es debido a que se trata de una actividad que debe ser supervisada por la entidad para velar por la debida ejecución del contrato al tratarse de la seguridad del paciente y el cumplimiento oportuno del objeto contractual, incluso así quedó plasmado desde el inicio en los contratos de prestación de servicios.

Indica, que el hecho que la labor desempeñada por la demandante la haga de manera coordinada bajo las directrices de la enfermera jefe de sanidad DETOL no le otorga el status de empleada pública y la coordinación no se puede considerar como una forma de subordinación.

Manifiesta, que la entidad no cuenta con el personal suficiente para satisfacer la totalidad de requerimientos de salud integral de los afiliados y beneficiarios del sistema de salud y se presentó un incremento en la capacidad de los servicios asistenciales en la parte de salud, por lo cual se contrató la prestación de servicios de salud de auxiliar de enfermería.

Enuncia, que el hecho que las entidades estatales realicen una supervisión de las actividades de los contratistas respecto a la ejecución de los contratos donde la misma hace de parte contratante, constituye una obligación legal radicada en su cabeza, sin que esto signifique, que se esté ante una relación de subordinación laboral pues es lótico que la administración esté alerta al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la contratista.

Solicita revocar la condena en costas y agencias en derecho en tanto no figura prueba de que la entidad policial haya ejercido su defensa con fines ilegales, dolosos o fraudulentos, ni entorpecimiento del desarrollo normal del proceso, ni mucho menos mala fe.

En este orden de ideas, la Sala procede a resolver la litis del sub judice, el cual se contrae a establecer si a la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRÍGUEZ, le asiste derecho a que se le reconozca y pague las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato realidad) con la NACIÓN – MINISTERIO DE

DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, o si por el contrario no le asiste el derecho deprecado.

Ante dichas circunstancias, se procede a analizar si a través del material probatorio que reposa en el plenario, se logra acreditar los elementos constitutivos de una relación laboral entre el ente hospitalario y la parte actora:

1. Elementos constitutivos de una relación laboral

Sobre los elementos constitutivos de una relación laboral, el Honorable Consejo de Estado en su sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16, reiteró que la figura del contrato realidad se aplica cuando se acredita la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.

En virtud de lo anterior, se procede analizar si en el caso bajo estudio se configuran los elementos para configurarse un contrato realidad, tales como la prestación del servicio de manera personal, si dichos servicios fueron remunerados, y finalmente, si hubo subordinación.

1.1 Prestación personal del servicio

Frente al primer elemento de la relación laboral, concerniente a la **prestación personal del servicio**, se advierte que se encuentra acreditado a través de los contratos de servicios que suscribió los contratos de prestación de servicios técnicos profesionales de enfermería en el área de sanidad de la Policía Nacional – Departamento del Tolima obrantes a folios 98 a 109, 189 a 197 y 224 a 225 del plenario 105 vto a 109, 98 a 10, así como con la constancia suscrita por la Jefe de la oficina de contratos del área de sanidad de la entidad de 21 de abril de 2014 en la que se relacionan los contratos de prestación de servicios de la demandante y los cuadros de turnos de los años 2012 y 2013 de las auxiliares de enfermería, por lo que no existe duda que se desempeñó como **auxiliar de enfermera** al servicio de sanidad de la entidad accionada.

Corolario a lo anterior, de los contratos de prestación de servicios suscritos, se evidencia que la demandante ejercía sus funciones como auxiliar de enfermería, como lo indican los testigos Carlos Andrés Camacho y Nubia Espinosa.

En ese orden de ideas, se dilucida que la accionante de manera personal prestó sus servicios a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, debiendo ejercer de manera directa y personal sus funciones como **profesional de enfermería,** configurándose el primer elemento del contrato realidad, el cual no ha sido controvertido dentro del proceso.

1.2 Remuneración

En cuanto al segundo elemento referente a la remuneración, este se encuentra plenamente acreditado, ya que dentro de los contratos de prestación de servicios que suscribió la entidad, se pactaron el pago de unas sumas dinerarias que se les dio la denominación de "honorarios", para que la señora Diana Julieth Fajardo Rodríguez, prestará sus servicios como auxiliar de enfermera, lo que deviene a constituir en la **remuneración respectiva en virtud a la ejecución de la actividad por la que fue contratada la demandante.**

Como quiera que los elementos de la prestación personal del servicio y remuneración se encuentran debidamente acreditados, y de los cuales se itera, que la entidad demandada no los refutó durante el proceso, se procede a estudiar el último elemento y más importante, correspondiente a la subordinación, para determinar si efectivamente hubo una relación laboral.

1.3 Subordinación

Finalmente, en cuanto al elemento subordinación el Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero del 2019[4], precisó:

> *"(…) como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el* ***empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos****, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales."* (Negrilla y subraya fuera del texto)

Debe indicarse que el Consejo de Estado mediante sentencia del 21 de abril del 2016, proferida dentro del proceso con radicación No. 13001-23-31-000-2012-00233-01, C.P: Gabriel Valbuena Hernández, indicó que cuando se trataba de la labor de enfermería se presumía la subordinación. Ahora, si bien es cierto en este caso se trata de una auxiliar de enfermería, los fundamentos para entender que

[4] Ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida dentro del proceso con radicación No. 54001-23-33-000-2014-00287-01 (1243-16) del 21 de febrero del 2019, C.P: William Hernández Gómez..

existe subordinación son los mismos. En relación con la labor de enfermería explicó dicha Corporación:

> *"(…) se ha considerado que **la labor de enfermera no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios**. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.*
>
> *Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales le corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.*
>
> *Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, **la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, le corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción**."* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Así las cosas, en el presente caso se advierte que las labores que cumplía la demandante como auxiliar de enfermería, no pueden realizarse de manera autónoma, ya que deben ceñirse al horario de trabajo previamente establecido, el lugar donde debe ejercer sus funciones y como las debe desplegar, así como tampoco puede ausentarse de su trabajo sin previa autorización, ya que con ello pondría en riesgo a los pacientes.

En cuanto al elemento subordinación la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016),** consolidó la definición de dicho elemento, de acuerdo a su reiterada jurisprudencia, así:

> ***"Subordinación continuada. […] [L]**a subordinación o dependencia del trabajador constituye el **elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo estrcit (sic), obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado,*

como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes: ***i) El lugar de trabajo.*** *Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.* ***ii) El horario de labores.*** *Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.* ***iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.*** *Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.* ***iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.*** *El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo."*

Conforme a lo precisado por nuestro máximo órgano de cierre, la subordinación radica sobre la potestad de dirección del empleador, la cual se configura cuando se destina un lugar de trabajo específico, se imponen horarios laborales, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar ya sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al

modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, y que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

Es decir, que contrataban personal profesional u operativo idóneo para el desarrollo del objeto misional de la DIRECCIÓN DE SANIDAD, en este caso, fue con la auxiliar de enfermería DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ. Así mismo, reposa cuadros de turnos que debían ser atendidos por la demandante, cuando ejerció sus actividades al servicio de la entidad por los años 2012 y 2013.

Aunado a ello, se practicaron las pruebas testimoniales de los señores Carlos Andrés Camacho y Nubia Espinosa, de las cuales se extrae que cumplía horario de acuerdo con los turnos que le fueran asignados, que existían además auxiliares de enfermería de planta y que no existía diferencia de funciones entre quienes eran auxiliares de enfermería de planta y las contratistas.

De conformidad con el material probatorio relacionado en precedencia, se dilucida que la demandante ejercía sus servicios como auxiliar de enfermería al servicio de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, debiendo cumplir horario de acuerdo a los pacientes que le eran asignados.

Aunado a lo anterior, los insumos e instalaciones para cumplir con el objeto contractual eran suministrados por la misma entidad.

Frente a ello, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación No. 0088-2015, del 25 de agosto del 2016, C.P: Carmelo Perdomo Cuéter, precisó:

> *"aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales"* (Subraya fuera del texto)

Así mismo, en reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de estado, de fecha 09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde precisó:

> *"En suma, el ordenamiento jurídico nacional proscribe la simulación del contrato estatal de prestación de servicios para evadir el pago de prestaciones*

> *sociales y otras garantías propias de la relación laboral ocultada, en tanto dicha práctica no solo es contraria a la Constitución y a la ley, sino que conduce, irremediablemente, a la precarización de las condiciones socioeconómicas mínimas para la supervivencia digna de los trabajadores.*
>
> *118. Por todo lo anterior, siendo consciente de la complejidad de la Administración Pública y de sus necesidades, pero con el ánimo de reducir las posibilidades de emplear el contrato de prestación de servicios* ***para ocultar el desarrollo de actividades misionales asignadas a cada ente, y la consecuente declaración judicial de una relación laboral encubierta o subyacente****, esta Sala aprovecha la oportunidad para invitar a la Administración a que acuda, de manera preferente, a la figura de los empleos temporales (artículo 21 de la Ley 909 de 2004) y, de forma subsidiaria a la de los supernumerarios (artículo 83 del Decreto 1042 de 1978), comoquiera que se consideran los instrumentos jurídicos que mejor articulan el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado."* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior y al material probatorio que reposa en el plenario, puede afirmarse que las funciones desempeñadas por la actora no fueron desarrolladas de forma autónoma, en primer lugar, porque atendiendo las funciones que ejercía las mismas no se pueden ejercer de forma independiente, pues debía ajustarse a los turnos asignados, y, en segundo lugar, porque la figura del contrato de prestación de servicios, no puede ser usada para ocultar el desarrollo de actividades misionales, como ocurrió en el caso bajo estudio.

En consecuencia, no existe duda para la Sala que en el sub judice, se configuraron los elementos de una relación laboral, razón por la cual, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, la situación de la accionante, amerita especial protección del Estado.

Tal y como lo indicó el juez de primera instancia, se entiende que existió una relación laboral entre el 1 de abril de 2008 al 26 de julio de 2004 con el objeto de prestar sus servicios como auxiliar de enfermería, pues acorde con los contratos de prestación de servicios aportados, se desprende los siguientes tiempos:

- Del 01 de abril de 2008 al 30 de abril de 2009 (Fl. 189-191)
- Del 1 de mayo al 31 de octubre de 2009 (Fl. 9)
- Del 9 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2010 (Fl. 28)
- Del 29 de marzo al 31 de diciembre de 2010 (Fl. 194-197)
- Del 9 de febrero al 8 de agosto de 2010 (Fl. 98 a 101)
- Del 4 de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013 (Fl. 102-103)
- Del 12 de agosto de 2013 al 26 de julio de 2014 (Fl. 105-109)

Se resalta, que el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de estado, de fecha 09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), se pronunció sobre el término para determinar si hay o no solución de continuidad, donde estableció:

> ***[L]a Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado"***

Atendiendo la tesis, de nuestro máximo órgano de cierre, se dilucida que la Sala Plena acogió como término general 30 días hábiles, sin que esto impida que el Juez en cada caso particular tenga en cuenta un término mayor, para lo cual, dando aplicación a dicho precepto jurisprudencial de tal envergadura, esta Corporación advierte, que de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al plenario, si en algún momento llegó a ver alguna interrupción, la Sala dando aplicación a los principios de favorabilidad y el in dubio pro operario, favorecerá al trabajador, por lo que se entiende como lo indicó el juez de primera instancia que la relación laboral fue sin solución de continuidad, **desde el 1 de abril de 2008 al 26 de julio de 2004.**

Conforme lo expuesto, la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ es acreedora al reconocimiento y pago de todos los emolumentos laborales, y de toda especie relacionada con el cargo que ostentó la demandante como **auxiliar de enfermería,** de conformidad con lo dispuesto por el Honorable Consejo De Estado, periodos dentro del cual deberá pagar a favor de la parte actora todas las prestaciones sociales, que devengan un empleado de planta que ejerciera sus mismas funciones.

Si bien la parte demandante en su escrito de apelación adujo que no se le reconoció la doceava parte de la prima de navidad, se advierte que dentro de la sentencia de primera instancia se reconoció la prima de navidad en el numeral quinto de la parte resolutiva.

Así mismo, no es procedente acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada, puesto que es a partir de la ejecutoría de esta sentencia que determina la existencia de una verdadera relación laboral se hacen exigibles los

derechos laborales y salariales, por ello a partir de allí surgiría para la demandada la obligación de pagarlas[5], por lo que tampoco es procedente el pago de intereses a las cesantías solicitados en el recurso de apelación, pues aún no estaba constituida una relación laboral.

2. De la prescripción de los derechos laborales

Resulta importante señalar, que la postura inicialmente adoptada por el Consejo de Estado[6], en torno a la prescripción de los derechos derivados de un contrato realidad, se edificaba sobre la premisa según la cual, en tratándose de estos asuntos, el derecho surge desde el momento en que mediante sentencia judicial se declaraba la existencia de una relación laboral, a ello se le conoce como sentencia constitutiva de derechos, por lo tanto afirma dicha corporación, no era posible predicar la prescripción de derechos frente a una obligación que no había nacido a la vida jurídica.

Sin embargo, la anterior posición fue morigerada por el órgano de cierre, al precisar que pese al carácter constitutivo de la sentencia en este tipo de asuntos, y aun cuando el término de prescripción comience a contarse a partir de su ejecutoria, ello no faculta al interesado para radicar la petición ante la administración en cualquier tiempo, en la medida que debe reclamar sus derechos dentro de un plazo razonable.

Sobre el particular señaló:

> *"(…)*
> *En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.*
>
> *Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual,* ***el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan****.*

---

5 Ver sentencia del Consejo de Estado proferida dentro del proceso con radicación No. 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16), el 21 de junio de 2018, C.P: William Hernández Gómez.

6 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo-. Sentencia del 19 de febrero de 2009. C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez. Radicado Nro. 2000-03449-01.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral.

Igual ocurrió en el caso analizado en el proceso con radicación No. 23001-23-31-000-2002-00244-01 (No. Interno 2152-06), Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, en cuyo caso estudiado la relación contractual terminó en el año 2000 y la reclamación de las prestaciones en sede administrativa se realizó antes de que transcurrieran 3 años, originando una respuesta negativa por parte de la administración de fecha enero 30 de 2002, es decir, tampoco había vencido la oportunidad para que el demandante reclamara sus derechos laborales.

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año ***2010,*** *mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 2).*

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, ***también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración."***[7] (Negrillas fuera del texto original)

En ese orden de ideas, para la Sala resulta claro que:

- La sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral es constitutiva de derechos, y en consecuencia la exigibilidad de las prebendas reconocidas solo puede predicarse a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión judicial.

- La prescripción trienal de los derechos reconocidos, se cuenta a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva.

[7] Consejo de Estado, - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda -. Sentencia del 09 de Abril de 2014. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación Nro. 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)

- El interesado debe acudir en un término razonable ante la administración para reclamar el reconocimiento de sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe hacerse dentro de los tres (3) años siguientes al rompimiento del vínculo contractual.

Visto lo anterior, tenemos que no existe duda que con el material probatorio que reposa en el plenario y los precedentes jurisprudenciales, se lograron acreditar los elementos necesarios para configurarse una relación laboral sin solución de continuidad entre la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ y la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL **desde el 1 de abril de 2008 hasta el 26 de julio de 2014.**

Por lo tanto, si el último contrato de servicios suscrito entre las partes finiquitó el 26 de julio de 2014, la accionante contaba hasta el 26 de julio de 2017, para solicitar el reconocimiento de la relación laboral, observándose que la reclamación administrativa se hizo el 14 de agosto de 2014 (Fl. 7-8), es decir, que como lo hizo el juez de primera instancia, la prescripción operó desde el 14 de agosto de 2011.

Ahora bien, lo que no comparte esta Sala es que afirme el A-quo que la accionante debía efectuar la correspondiente reclamación administrativa por cada contrato solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el correspondiente pago de las acreencias laborales que de ella se derivan, dentro de los tres (3) años siguientes contados a partir de la fecha efectiva de su culminación, so pena que operara el fenómeno de la prescripción "*y como quiera que la reclamación fue presentada por el actor hasta el 14 de agosto de 2014, los derechos laborales causados con anterioridad al 14 de agosto de 2011 se encuentran prescritos (Contrato No. 40-7-20015/2008 y su adición, Contrato No. 40-7-20132/2009 y Contrato No. 40-7-20049/2010), es decir que a partir del contrato No. 40-7-2011/2012 que inició el 9 de febrero de 2012 se ordenará el correspondiente reconocimiento y pago.*"

Al respecto, debe indicarse, que lo que se declara es la existencia de una relación laboral, sin solución de continuidad, desde el 1 de abril de 2008 hasta el 26 de julio de 2014, respecto a la cual, debía el interesado presentar la reclamación hasta los tres años siguientes a que se hicieron exigibles los derechos laborales para que no operara la prescripción y no respecto a cada contrato de prestación de servicios, pues lo que prescriben son las prestaciones derivadas de la relación laboral surgida.

En tal sentido, la orden de reconocimiento y pago de los derechos laborales en el presente caso, no se hará desde el 9 de febrero de 2012 como lo ordenó el A-quo,

sino a partir del 14 de agosto de 2011, fecha en que se interrumpió la prescripción, debiendo en tal sentido, modificarse el numeral QUINTO de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre este tema en particular, es menester traer a colación la providencia del 07 de abril de 2016 proferida por la Sección Segunda - Subsección A de la misma Alta Corporación, dentro del expediente con radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01, número interno 1291-2014 y cuyo consejero ponente fue el Dr. William Hernández Gómez, se precisó que la condena en costas obedece a un criterio objetivo independiente de la conducta asumida por las partes procesales, en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio.*
>
> *Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como* ***la temeridad, la mala fe*** *y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no*[8]*.*
>
> ***Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365.*** *…*
>
> *(…) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*

[8] Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[9], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (…)"

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo la posición mayoritaria de la Sala, se mantiene la tesis inicialmente adoptada por esta Corporación, esto es, la de seguir condenando en costas, siempre que alguna de las partes resulte vencida en el litigio o se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación, según fuere el caso, de acuerdo a los postulados sentados en el artículo 188 del C.P.A.C.A, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

En relación con lo señalado, y de acuerdo con lo expuesto en párrafos precedentes, la única excepción para omitir la condena en costas, será en los procesos en que se ventile un interés público.

D**E LA CONDENA EN COSTAS**

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 1º del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese

[9] ***"ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.*** *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(…)"*

en costas de esta instancia a la demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Liquídense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2018 por el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRÍGUEZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, **MODIFICANDO** el numeral **QUINTO** de la parte resolutiva, el cual quedará así:

> *QUINTO: Así mismo, a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a la señora DIANA JULIETH FAJARDO RODRIGUEZ, identificada con la cédula No. 39.576.607, el auxilio de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación de servicios prestados y bonificación por recreación, por el periodo de 14 de agosto de 2011 al 26 de julio de 2014, teniendo en cuenta para ello, el valor devengado por las auxiliares de enfermería que laboran en la planta de la Dirección de sanidad, según certificación obrante a folio 37 del cartulario.*

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada, siempre que se encuentren causadas y probadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

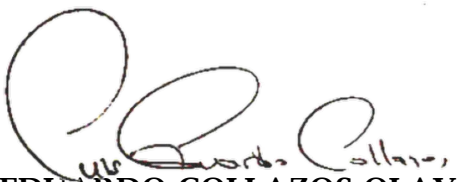
Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. - Una vez en firme ésta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

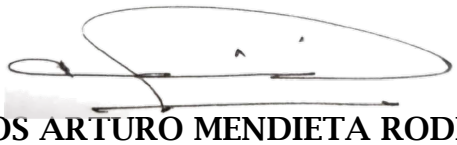
Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID – 19 y el mantenimiento del orden público, y el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Escrito 5 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **85727654a952c59cebc81e59b685d501c64ce5fa8f747df728fe42aca83a6385**

Documento generado en 26/01/2022 10:39:28 AM

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