



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P.: Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : NORMA PATRICIA CRUZ GUIO
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 035
RADICACIÓN : 41-001-33-33-007-2015-00236-01

Aprobada en Sala Virtual según Acta No. 015 de la fecha.

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra la sentencia del 31 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

1. LA DEMANDA. (fls. 1 a 23 C. Ppal. 1)

NORMA PATRICIA CRUZ GUIO, por medio de apoderado especial, en ejercicio del medio control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL y solicita que se declare la nulidad del oficio No. 004617 del 29 de noviembre de 2013 y la Resolución No. 016 del 1 de diciembre de 2014, por medio de las cuales se negó las peticiones elevadas mediante derecho de petición del 7 de octubre de 2013.

Que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se declare la existencia de una relación laboral entre la

entidad demandada Nación-Ministerio de Defensa-Dirección de Sanidad Militar-Batallón de ASPC- Establecimiento de Sanidad Militar 5176 de Neiva y la demandante, desde el 1º de febrero de 2006 al 31 de agosto de 2011, con fundamento en los contratos de prestación de servicios suscritos entre estos.

A título de indemnización solicita que se condene a la entidad a efectuar el reconocimiento y pago a favor de la demandante de todas las sumas correspondientes a la totalidad de las prestaciones sociales, horas extras y trabajo suplementario a que tiene derecho, como su incidencia salarial y prestacional, dejadas de cancelar durante el tiempo que se mantuvo la relación laboral del 1 de febrero de 2006 al 31 de agosto de 2011.

Que se condene a la entidad demandada a efectuar la devolución de los aportes al Sistema General de Seguridad Social pagados por la demandante y que por disposición legal le correspondían al empleador durante la relación laboral. Así mismo, se ordene la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente de todos y cada uno de los contratos de prestación de servicio suscritos entre estos.

Ordenar el pago de los intereses corrientes de los valores equivalentes a que se refieren los numerales anteriores, causados paulatinamente mes por mes, desde las fechas que el demandante ha debido recibirlos, junto con los emolumentos de ley, hasta el día que quede ejecutoriada la sentencia.

Se condene a la indexación de todas las sumas a las que fuere condenada.

1.1. Fundamenta lo anterior en los siguientes HECHOS:

- ✓ Que se vinculó como contratista *-auxiliar de enfermería-* al Establecimiento de Sanidad Militar 5176 de Neiva mediante contratos de prestación de servicios constantes y permanentes.
- ✓ Las labores propias del cargo de Auxiliar de Enfermería fueron realizadas por la demandante de manera personal, subordinada, cumpliendo un estricto horario de trabajo, presentando informes y bajo las órdenes de la coordinación médica de Sanidad Militar, el director de Sanidad y subdirector del área administrativa, quienes expedían las correspondientes funciones de trabajo, las cuales debían realizarse en el dispensario médico ubicado en la Novena Brigada de la ciudad de Neiva.

- ✓ Afirma que los contratos de prestación de servicio suscritos entre la demandante y el Establecimiento de Sanidad Militar 5176 de Neiva ocultan y disfrazan una verdadera relación laboral, no solo por sus características de ser personal, subordinada y remunerada, sino por ser permanente, continua e ininterrumpida.
- ✓ La demandante debió cumplir y someterse a las órdenes y directrices impartidas por sus superiores, el manual específico de funciones para Auxiliar de Enfermería, a su calificación y al reglamento interno de trabajo. Fue contratada para el cumplimiento de las labores propias de la entidad demandada, siendo permanentes.
- ✓ Que no desempeñó ningún cargo científico, ni requería de conocimientos especializados, como tampoco laboraba con autonomía e independencia.
- ✓ El cargo desempeñado por la actora existe dentro de la planta de personal de la Dirección de Sanidad Militar 5176 de Neiva, conforme a lo dispuesto en el Decreto 3125 del 17 de agosto de 2007, Decreto 092 de 2007 y Decreto 4783 de 2008, y sus funciones se encuentran claramente especificadas a través de la Resolución No. 0597 de 2010 de la Dirección de Sanidad Militar.
- ✓ El 7 de octubre de 2013, a través de derecho de petición, la actora solicitó a Establecimiento de Sanidad Militar 5176 de Neiva, el reconocimiento y pago de todos los emolumentos laborales a que tiene derecho, así como la devolución de los descuentos y pagos indebidamente realizados; el cual fue contestado mediante el acto administrativo No. 004617 del 29 de noviembre de 2013, negando las peticiones, y mediante Resolución No. 016 del 1 de diciembre de 2014 se confirma la decisión.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

Invoca como violadas el preámbulo y los artículos 1, 2 inciso 2, 6, 11, 13, 83, 88, 90, 216, 221, 223 de la Constitución Política; art. 138 y demás concordantes del C.P.A.C.A.

Arguye que cada una de las prestaciones que solicita su reconocimiento y pago, tienen fundamento en lo dispuesto en los Decretos Nos. 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 1045 de

1978, 451 de 1984 art. 3, 1933 de 1989 y demás que los adicionen, modifiquen o complementen.

Afirma que la demandante fue contratada por la entidad para realizar labores propias del personal de planta, desempeñando las funciones de manera personal, estuvo subordinada a un horario de trabajo, cumplimiento de órdenes, presentación de informes y en general, todas las obligaciones inherentes de un empleado de planta de dicha entidad, y recibió una remuneración por dichos servicios, los cuales fueron cancelados mes a mes por la entidad.

De otro lado, la contratación se prolongó por un periodo de tiempo extenso, al punto que la actora estuvo vinculada contractualmente con el establecimiento de sanidad por un periodo de 5 años, desconfigurándose el contrato de prestación de servicios, siendo este eminentemente ocasional y esporádico.

Conforme a lo anterior, los actos administrativos demandados están viciados de nulidad, dada la configuración de una práctica ilegal e inconstitucional que asumió la entidad para la contratación de Auxiliares de Enfermería, vinculándolos a través de contratos de prestación de servicios, amparados en la Ley 80 de 1993, pero incumpliendo los requisitos esenciales como la falta de subordinación y temporalidad, lo cual configura la desviación de poder.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Consideró la apoderada de la entidad que no le asiste razón alguna a la demandante, toda vez que el acto atacado se encuentra debidamente fundamentado, y en consecuencia, totalmente ajustado a derecho, sin que se configure una causal que vicie la legalidad del mismo.

Precisó que se encuentran claros los motivos por los cuales se terminó la relación contractual, de igual manera que la resolución atacada de nulidad se encuentra ajustada a la ley y a la normatividad vigente al momento de su expedición, en relación con el tema contractual; aunado a ello, no le asiste ningún derecho a la demandante, pues olvida que su vínculo con la entidad fue únicamente contractual, según las características del contrato de prestación de servicio suscrito, pues la temporalidad del mismo obedeció al cubrimiento de una

¹ Fls. 140 a 150 C. 1

necesidad concreta de la administración, no encontrándose inmersa una relación laboral como lo pretende acreditar con la presente demanda.

Aduce que la demandante no demuestra los extremos laborales como los elementos esenciales que conlleven acreditar una relación laboral y que para el caso le asiste la obligación de probar ya que son el fundamento de sus pretensiones.

Que de acuerdo con el art. 32 de la Ley 80 de 1993, señala que si dicho contrato es celebrado con personas naturales, es porque al interior de la entidad contratante, es decir, dentro de la planta de personal, no se encuentra una persona que sea idónea para realizar dicha labor, que fue lo acontecido en este caso, aunado a que no se genera una relación laboral.

Conforme a ello, no resulta suficiente que al interior de la entidad exista el cargo, sino que, exista una persona en la planta, que pueda realizar tal actividad, pues de no existir, podrá la entidad contratar dichos servicios con personas naturales como ocurrió en el presente caso.

Afirma que, dentro de las cláusulas pactadas en los diferentes contratos suscritos con la demandante, no existió señalamiento alguno de horario, ni días específicos para desarrollar sus actividades o alguna forma indicativa de subordinación, pues solo se encomendaban obligaciones descritas en el contrato, y no está probado que se le haya solicitado por parte de algún funcionario el cumplimiento de un horario, a la no asistencia en horas de la noche, en días dominicales o festivos, elemento de subordinación que es propio de los contratos laborales.

Considera que la entidad observa de los contratos allegados en la contestación, que celebró 12 contratos de prestación de servicios profesionales por la ejecución de las actividades a desarrollar como Auxiliar de Enfermería de la entidad, ante la ausencia de personal de planta y conforme lo normado en la contratación estatal.

En virtud a ello, se pactaron unos honorarios totales, incluidos los descuentos de ley, sumas pagaderas por periodos mensuales vencidos de acuerdo con las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el interventor y presentación de las constancias de pago del Sistema de Seguridad Social en salud y pensión, las cuales correspondía asumir a la actora, no siendo ello, obligación de la entidad de conformidad con la normatividad vigente.

De esta manera, la demandante no puede ser considerada trabajadora oficial o empleada pública, pues no se vinculó para desempeñar cargo alguno, sin que existiera una subordinación y continuidad en la contratación.

Considera que no hay causales de nulidad, menos la falsa motivación por cuanto se cumplieron cabalmente los requisitos de ley para haber tomado la presunta decisión; es decir, no se puede hablar de que el oficio en mención estuviera indebidamente motivado ya que se debió proferir con la existencia de los motivos legales previstos y con sujeción estricta de la ley.

Lo anterior, sumado a la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos; en virtud del cual, en principio, todos los actos emanados de la administración se encuentran ajustados a derecho.

De esta manera, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, así como a la estimación de la cuantía por carecer la demanda de apoyo en hechos reales y pruebas.

Propuso la excepción denominada *inepta demanda por incumplimiento de requisitos de procedibilidad – inexistencia de fundamentos de las pretensiones*.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls. 329 a 349 C. Ppal. 2)

El Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

El *a quo* consideró que de acuerdo con las pruebas aportadas por la demandada, la actora suscribió sendos contratos de prestación de servicios con el objeto de la prestación de servicios médicos técnicos como Auxiliar de Enfermería para el Establecimiento de Sanidad Militar de la Novena Brigada y que de los testimonios e interrogatorio de parte incorporados, se establece la vinculación con la entidad y el ejercicio de las funciones como Auxiliar de Enfermería de manera personal, en los turnos establecidos por la entidad, que coincidían en tiempo y actividad con las funciones del personal de planta, que las órdenes e instrucciones a la demandante eran dadas por una coordinación del servicio impartida por la Directora del Establecimiento de Sanidad y atendiendo las normas aplicables y la jurisprudencia precitada, y que por ello, debían negarse las pretensiones formuladas, puesto que si bien quedó acreditado que la actora fue

contratada por la entidad demandada para prestar los servicios de auxiliar de enfermería de forma personal y que por ello percibió honorarios como contraprestación, dicho vínculo no fue permanente, puesto que sufrió interrupciones.

Así, logró establecer que no existió permanencia o continuidad en el ejercicio de las labores o actividades contratadas, por cuanto de los 11 contratos celebrados se suscitaron un total de 9 interrupciones, circunstancia que, aunque se trata de una labor inherente a la entidad en cuanto a la atención médica de sus miembros, imposibilita considerar que se trata de una tarea permanente en cuanto a la necesidad de contar con un personal para ello.

Infirió de dicha circunstancia que, como es propio del contrato de prestación de servicios, se trataba de labores temporales y transitorias, atendiendo que con el personal de planta no le era suficiente al Ejército, solventar la demanda fluctuante en el área médica.

Con relación a la subordinación o dependencia permanente como presupuesto distintivo y esencial de las relaciones laborales administrativas, consideró que de acuerdo con las declaraciones rendidas, para ejercer las funciones pactadas en los contratos, se contaban con un total de 12 auxiliares de enfermería, quienes se turnaban en grupos de 3 o 4 personas.

Precisó que los testigos coinciden en que los turnos eran asignados de forma rotatoria; es decir, una auxiliar de enfermería cumplía un día el turno de la mañana, al día siguiente el de la tarde y al tercer día cumplía con el turno de la noche; aclarando que, al siguiente día, es decir, al cuarto día se concedía como compensatorio, por cuanto el turno de la noche era de 12 horas a diferencia de los de día y tarde que equivalían a un total de 6 horas. Que igualmente, afirmaron que la Jefe del Dispensario asignaba los turnos y que los mismos eran de obligatorio cumplimiento; finalmente, señalaron que les era exigido que mantuvieran disponibilidad para el cubrimiento de Brigadas de Cirugía, las cuales se celebraban una o dos veces al año en el caso de que una de sus compañeras no asistiera al turno.

De esta manera, de las pruebas recopiladas concluyó que la demandante brindaba sus conocimientos como auxiliar de enfermería y prestaba sus servicios personales al Establecimiento de Sanidad de la Novena Brigada, en el marco de las condiciones pactadas en la cláusula denominada objeto de los contratos.

Advirtió que, contrario a lo manifestado por los testigos, el desempeño de los servicios de auxiliar de enfermería por la demandante, no fue ejecutado bajo la *subordinación*; en primer lugar, por cuanto las funciones pactadas en el contrato se cumplían dentro de los turnos programados, los cuales eran asignados para efectivizar la prestación del servicio, teniendo en cuenta que en total eran 12 contratistas, las que ejercían idénticas funciones, lo que conlleva a una evidente necesidad de coordinación para garantizar la prestación del servicio de forma continuada en el transcurso del día.

Destacó que la misma testigo manifestó que debían estar disponibles dado el caso, de la ausencia de alguna compañera al turno, argumentando que restó credibilidad a que los horarios eran impuestos de forma arbitraria, pues contrario a esto, evidenció una flexibilidad para implementar modificaciones por común acuerdo entre las contratistas y, aunque de la contratación sucesiva aparece demostrada una prolongada necesidad de los servicios de la demandante de parte del Dispensario Médico del Ejército Nacional, ello no es suficiente para considerar la existencia de una continuada subordinación o dependencia, debido a que su capacidad profesional tenía la aptitud de ser diversificada, autónoma e independiente, suscitada de las interrupciones en el proceso de contratación, permitiéndole contar con amplio tiempo disponible, lo cual difiere ostensiblemente del servicio que presta un empleado público sometido al imperio de la ley, que por dicha circunstancias está atado en todo al cargo en el que se desempeñe, aspecto que a la postre resultaba fundamental para desvirtuar la idoneidad de los contratos de prestación de servicios.

Que en efecto, la demandante debía cumplir con una serie de tareas pactadas en los contratos de prestación de servicio y aclaró que las órdenes médicas eran impartidas por los médicos de turno y no por la Jefe del Establecimiento de Sanidad, respecto de la cual solo se conoce que se trataba de un médico rural, que al igual que las auxiliares de enfermería rotaban los turnos programados y que dentro de sus funciones se contemplaba la organización de horarios.

Concluye que la demandante no prestó sus servicios de forma similar a los empleados de planta, porque de acuerdo al testimonio de María Ilsa Córdoba, para la época de los hechos, había dos auxiliares de enfermería de planta, pero no realizaban funciones en la parte asistencial, sino que ejercían labores administrativas.

Por lo tanto, las exigencias o instrucciones que se pudieran emitir relativas a la forma en que el servicio debía prestarse, a través de las

órdenes médicas y a la evaluación efectuada por el supervisor como requisitos previos para el pago de honorarios, no fueron más allá de una simple *coordinación* entre contratistas y administración pública en desarrollo de todas las cláusulas contractuales.

En consecuencia, consideró que no se configuraron órdenes por el superior jerárquico, las cuales tuvieran como origen una norma legal o reglamentaria que permitiera calificar que la demandante efectivamente guardó sometimiento al imperio de la ley y los reglamentos, sino que las mismas provenían del pacto llevado a cabo por las partes en desarrollo de la autonomía de la voluntad y con el firme propósito que el servicio profesional sirviera de apoyo a las actividades ordinarias del Establecimiento de Sanidad Militar de la Novena Brigada de Neiva.

De esta manera, dejó claro que la actora contaba con total independencia y autonomía en la ejecución de sus labores, que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos en cumplimiento de las normas de orden nacional como local que regulen su existencia y en obediencia de la finalidad dispuesta para estos.

4. RECURSO DE APELACIÓN²

La apoderada de la parte actora inconforme con la decisión, interpone recurso de apelación, argumentando que de las pruebas arribadas al proceso se establece que la actora del 1º de febrero de 2006 al 31 de agosto de 2011, se desempeñó como Auxiliar de Enfermería de la entidad demandada, de manera continua e ininterrumpida, y que, si bien es cierto que existieron algunas interrupciones, lo probado es que prestó los servicios durante dicho tiempo, lo que demuestra su atadura con la entidad.

En cuanto a la prestación personal del servicio, considera que se presentó el elemento de la subordinación, por cuanto debía cumplir los turnos asignados de conformidad con el horario dispuesto por sus superiores, quienes verificaban el cumplimiento de los deberes de la demandante en cada cambio de turno, a fin de dar fe sobre el cumplimiento de sus obligaciones; contrario a lo manifestado por el despacho, quien afirmó que la actora contaba con total independencia y autonomía en la ejecución de sus labores.

² Fl. 353a 358 C. Ppal.

De otro lado, que se encuentra probado que la actora pagaba en calidad de trabajadora independiente, los aportes al sistema integral de seguridad social, de los cuales allegaba el respectivo soporte a la entidad, como quiera que constituía requisito para que se efectuara el pago de los servicios prestados.

Deduces que las actividades desarrolladas por la actora revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues el cargo de Auxiliar de Enfermería se encontraba creado en la planta de personal de la entidad y se desempeñó por más de 5 años, cumpliendo labores primordiales para el funcionamiento de la entidad.

Por lo anterior, no es cierto que el contrato de prestación de servicios realizado por la entidad concierna a labores temporales y transitorias de la entidad, lo cual desvirtúa la interpretación de temporalidad.

Concluye que en el presente caso se debe aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, pues es indudable que la actora se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, en tanto, desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanentes y necesarias para el funcionamiento de la entidad, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia, por lo que es procedente la declaratoria de la existencia de la relación laboral.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. DEMANDANTE³

El escrito presentado no corresponde al litigio del presente proceso.

5.2. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL⁴

La apoderada judicial reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

5.3. MINISTERIO PÚBLICO⁵

No rindió concepto.

³ Fl. 14 a 19 C. 2ª instancia

⁴ Fl. 20 a 30 ídem

⁵ 32 ídem

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO

Como el *a quo* negó las súplicas de la demanda y la demandante interpone recurso de apelación insistiendo en que se configuran los elementos de la relación laboral, la Sala procederá a resolver *¿si debe declararse la nulidad del oficio No. 004617 de 29 de noviembre de 2013 y la Resolución No. 016 de 1 de diciembre de 2014, mediante las cuales la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, negó el reconocimiento y pago de acreencias laborales a la señora NORMA PATRICIA CRUZ GUIO derivadas de la labor desempeñada en calidad de Auxiliar de Enfermería en el Dispensario Médico de la institución, a través de contratos de prestación de servicio?*

En particular se debe establecer si se configuró una relación laboral continua sin solución de continuidad o discontinua entre la demandante y la entidad demandada, y en consecuencia, si se debe restablecer el derecho condenando a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales a que haya lugar.

De igual manera, se deberá determinar si operó el fenómeno de la prescripción de los derechos laborales reclamados.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, analizó la diferencia entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios⁶, así:

“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

⁶En relación con la procedencia constitucional y legal del contrato administrativo de prestación de servicios se ha señalado lo siguiente: 1) Sólo podrá celebrarse con personas naturales; 2) Requieren conocimientos especializados; 3) Son particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas; 3) Se suscriben los contratos de prestación de servicios cuanto tales actividades no pueden realizarse con personal de planta.

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 sean 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”.

El contrato de prestación de servicios, puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera primordial 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 formalidades en las relaciones laborales contenido en el artículo 53⁷ de la Carta Política, independientemente del título jurídico o *nómenjuris* que se le haya dado a dicha relación.

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha insistido en la necesidad de que se acrediten de manera clara los **tres elementos** propios de una **relación de trabajo**, en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, expresando lo siguiente:

“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

⁷ **“ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Destaca la Sala).

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

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

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...).”⁸ (Resaltado fuera de texto).

Es claro que en ocasiones, entre el contratante y el contratista se da una relación de coordinación en sus actividades, de manera que no se avizora un claro sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación, tesis explicada en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003⁹, en la que se señaló:

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

De esta manera, se concluye que para acreditar la **existencia de una relación laboral**, es necesario probar los **tres elementos** inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista ejerció una función pública en las mismas condiciones de **subordinación y dependencia** que sujetarían a cualquier otro servidor público en igualdad de condiciones, constatando de ésta forma, que las actividades

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 23 de junio de 2005. Expediente No. 0245. M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁹ Rad. II-0039 M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La tesis más reciente y que ha prevalecido al interior del Consejo de Estado, en la cual se ha dado aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser objeto de prueba, se expone en la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, en la que dicha corporación precisó:

“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.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo (...)”¹⁰.

Con relación a la manera como debe restablecerse el derecho en este tipo de controversias, señala lo siguiente:

“Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo. (...)

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta (...)

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”¹¹ –Negrilla fuera de texto-

En cuanto a los efectos del reconocimiento de la relación laboral y sus derechos patrimoniales, pero no el status de empleado público, la Corte Constitucional¹² se pronunció en los siguientes términos: “La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ellas los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar”.

De todo lo anterior se concluye que, el reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, debe hacerse a título de indemnización y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponde a los honorarios pactados, sin que en ningún caso pueda tenerse en cuenta los rubros percibidos por el personal de planta de la entidad que se condena.

2.1. La presunción de subordinación en el caso de las auxiliares de enfermería y enfermeras

La Ley 911 de 2004 “Por la cual se dictan disposiciones en materia de responsabilidad deontológica para el ejercicio de la profesión de Enfermería en Colombia; se establece el régimen disciplinario correspondiente y se dictan otras disposiciones”, consagra la dependencia del auxiliar de enfermería respecto de las (os) enfermeras

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda. M.P: Carmelo Perdomo Cuéter. 25 de agosto de 2016. (0088-15)CE-SUJ2-005-16.

¹²C. Constitucional C-555 del 6 de diciembre de 1994

(os), como por ejemplo, delegando en aquellas actividades de cuidado de enfermería cuando no se ponga en riesgo la integridad física o mental de la persona o grupo de personas que cuida; cuando pueda ejercer supervisión sobre las actividades delegadas; y evaluando, definiendo y calificando criterios para seleccionar, supervisar y evaluar el personal profesional y auxiliar de enfermería de su equipo de trabajo, para asegurar que este responda a los requerimientos y complejidad del cuidado de enfermería (artículo 8°).

El Consejo de Estado señaló, en relación con la labor de enfermería, lo siguiente:

“La presunción de subordinación en el caso de las enfermeras.

Para efectos de resolver el caso concreto, hay que realizar algunas consideraciones sobre la forma en que se ejerce la profesión de enfermería.

En sentencia de 3 de junio de 2010, esta Corporación señaló lo siguiente:

“La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma, porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en qué horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas”.

Como se desprende de lo anterior, 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.”¹³

¹³ Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, en sentencia del 21 de abril de 2016, radicado bajo el No. 13001-23-31-000-2012-00233-01(2820-14),

Conforme a lo anterior, es claro que en la labor de las enfermeras se *presume* la subordinación, situación que admite prueba en contrario, pues puede ser desvirtuada por la entidad demandada, en tanto que tal actividad no puede desempeñarse de manera autónoma, ni puede suspenderse sin justificación, pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.

Es decir, en estos casos puede darse la autonomía de las contratistas enfermeras y su actuar de manera independiente, ya que se pueden presentar excepciones, como cuando se involucran relaciones en las que se deben asumir ciertas cargas de responsabilidad y manejo que solo pueden cumplidas por quien tiene la total autonomía para decidir el asunto puesto a su consideración y contenida en el clausulado de un contrato de prestación de servicios.¹⁴

2.2. Prescripción derivada de un contrato realidad

Precisa la Sala que la reclamación sobre derechos laborales, de los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales), se rige, según lo establecido en el artículo 41¹⁵ del Decreto 3135 de 1968¹⁶ y el 102¹⁷ del Decreto 1848 del 4 de 1969¹⁸, en las que se contempla el término de prescripción de tres años, que se deben contar desde que la obligación se hace exigible.

Ahora bien, sobre la prescripción trienal de derechos laborales para aquellos casos en que se demuestre la **existencia de la primacía de la realidad sobre la formalidad**, a partir de la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, se precisa que debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho el trabajador por la existencia de la relación laboral, anteriores a los tres años contados desde la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente.

¹⁴ Consejo de Estado, C.P.: Sandra Lisseth Ibarra Vélez. Sentencia del 15 de octubre de 2019, Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00185-01(4175-15).

¹⁵ “Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual” (Subraya fuera de texto).

¹⁶ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

¹⁷ “Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (Subraya fuera de texto).

Se precisa que, para delimitar ese lapso, se debe tener cuenta:

- Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

No obstante, la sentencia citada señaló que la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.¹⁹ Lo anterior, con fundamento en la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; el principio *in dubio pro operario*²⁰; el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad²¹.

De igual forma, el precedente de unificación en comentario indicó que corresponde al juez estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la

¹⁸ “por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”.

¹⁹ «[...] 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)¹⁹, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

²⁰ «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

²¹ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]»

obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

3. LO PROBADO

- A través de derecho de petición radicado el 7 de octubre de 2013 ante el Comando del Batallón de A.S.P.C. No. 9, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de las sumas correspondientes a la totalidad de las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo en que mantuvo la relación contractual del 1 de abril de 2004 al 31 de agosto de 2011. –f. 30 a 37 C. 1-
- Mediante oficio No. 004617/MDN-CGFM-CE-DIV5-BR9-BASPC9-ESM5176 del 29 de noviembre de 2013, el Comandante del Batallón de servicios ASPC No. 9, dio respuesta a la petición elevada por la demandante manifestando que la entidad se encontraba a paz y salvo por todo concepto, de conformidad con los contratos de prestación de servicios profesionales y de acuerdo con las actas de liquidación de los mismos. –f. 24-25 C. 1 -
- Resolución No. 00012 del 15 de septiembre de 2014, mediante la cual se confirmó la decisión de negar las peticiones de la demandante, considerando que el contrato celebrado se enmarca dentro de lo reglado por la Ley 80 de 1993. –f. 26-27 C. 1-
- Resolución No. 016 del 1 de diciembre de 2014, por el cual se resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la resolución objeto del recurso. –f. 26 a 28 C. 1. -
- Los contratos de prestación de servicios suscritos entre Norma Patricia Cruz y la Quinta División de la Novena Brigada – Dirección General de Sanidad son los siguientes:

No. Contrato	Duración	Valor	Objeto
044	1 de febrero al 31 de julio de 2006	\$4.500.000	Prestación de servicios médicos asistenciales por evento como Auxiliar de Enfermería
216	1 de agosto de 2006 al 31 de enero de 2007	\$4.5000.000	Prestación de los servicios médicos como Auxiliar de Enfermería con oportunidad, eficiencia y eficacia.
26	12 de febrero al 11	\$4.500.000	Prestación de servicios Auxiliar

	de agosto de 2007		de Enfermería en el Establecimiento de Sanidad Militar de la Novena Brigada, acorde con la propuesta u oferta de servicios
139	14 de agosto al 31 de diciembre de 2007	\$3.500.000	Suministro continuo por parte del proveedor de 8 horas diarias al mes como Auxiliar de Enfermería a favor del consumidor de acuerdo con la oferta de cumplimiento que presentó y que sea aceptada por el consumidor
054	2 de enero al 30 de junio de 2008	\$5.280.000	Suministro continuo por parte del proveedor de sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del consumidor, de acuerdo con la oferta de cumplimiento que presentó
127/BASPC9	Desde su perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2008	\$5.221.333	Suministro continuo por parte del proveedor de sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del consumidor, de acuerdo con la oferta de cumplimiento que presentó
009/BASPC9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de abril de 2009	\$2.610.666	Suministro continuo por parte del proveedor de sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del consumidor, de acuerdo con la oferta de cumplimiento que presentó
108/BASPC-9-2009 del 1 de mayo de 2009	4 meses desde su perfeccionamiento	\$5.280.000	Se compromete con el Batallón de ASPC No. 09 “Cacica Gaitana”, de conformidad con el estudio previo elaborado por la señora ST. SUARES LOPEZ MONICA DEL CARMEN, Coordinadora Medico Dispensario Médico Novena Brigada y la propuesta presentada por el Contratista, la cual forma parte integral del presente contrato. A prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del contratante
010/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2010	\$5.280.000	Se compromete con el Batallón de ASPC No. 09 “Cacica Gaitana”, de conformidad con el estudio previo elaborado por la señora MY. CLARA INES MORENO COMETA, Directora del Dispensario Médico Novena Brigada y la propuesta presentada por la Contratista, la cual forma parte integral del presente contrato. A prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del contratante
159/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 15 de diciembre de 2010	\$2.438.000	Se compromete con el Batallón de ASPC No. 09 “Cacica Gaitana”, de conformidad con el estudio previo elaborado por la señora MY. CLARA INES

			MORENO COMETA, Directora del Dispensario Médico Novena Brigada y la propuesta presentada por la Contratista, la cual forma parte integral del presente contrato. A prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del contratante
07/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2011	\$5.851.200	Se compromete con el Batallón de ASPC No. 09 “Cacica Gaitana”, de conformidad con el estudio previo elaborado por la señora MY. CLARA INES MORENO COMETA, Directora del Dispensario Médico Novena Brigada y la propuesta presentada por la Contratista, la cual forma parte integral del presente contrato. A prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería a favor del contratante

- Cuadro de turnos de los meses febrero, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010, febrero y julio de 2011. –fl. 88 a 97 C. 1. -
- Mediante oficio del 25 de abril de 2016, la coordinadora de Archivo Central informó que encontró documentación de la demandante así²²:

Contrato No 44	01-02-2006 al 31-07-2006	03 documentos
Contrato No 216	01-08-2006 al 31-01-2007	03 documentos
Contrato No 26	12-02-2007 al 11-08-2007	03 documentos
Contrato No 139	14-08-2007 al 21-12-2007	04 documentos
Contrato No 54	02-01-2008 al 30-06-2008	05 documentos
Contrato No 127	03-07-2008 al 31-12-2008	05 documentos
Contrato No 09	02-02-2009 al 30-04-2009	05 documentos
Contrato No 108	01-05-2009 al 31-12-2009	04 documentos
Adicional contrato	(2) meses al 31-12-2009	01 documentos
Contrato No 10	07-01-2010 al 30-06-2010	03 documentos
Contrato No 159	01-10-2010 al 15-12-2010	03 documentos

- Certificación de aportes a la entidad Saludcoop EPS en liquidación por parte de la demandante al sistema general de seguridad social en salud –fs 232 C. 1. -
- Certificación emitida por Protección Pensiones y Cesantías, en la que hace constar que la demandante se encuentra afiliada en pensiones obligatorias desde el 1 de julio de 2005 y sus recursos se

²² Fl. 161 C. 1

encuentran en el Fondo de pensiones obligatorios Protección moderado. -fl. 241 a 243 C. 1. Historia Laboral-

- Liquidaciones de los contratos de prestación de servicio Nos. 010-BASPC9-2010, 159-BASPC9-2010, 007-BADPC9-2011, 026/2007139/2007, 054/2008, 127/2008 y adicional 001/BASPC-9-2009, 009/BASPC-9-2009, planillas de pago seguridad social, certificado de pagos y descuentos del periodo fiscal 2011. -fs. 249 a 303 C. 1-
- Testimonios:

MARÍA ILSA CÓRDOBA PENAGOS: manifestó que es Auxiliar de Enfermería del Hospital Universitario de Neiva en calidad de agremiada, que tiene demanda contra el Ejército por los mismos hechos que el presente proceso. Manifestó que conoce a la demandante desde el año 2006, cuando laboraban en el Ejército en el dispensario médico Novena Brigada de Neiva en calidad de Auxiliares de Enfermería por prestación de servicios y hasta el 2011, en donde les correspondía la atención al usuario desde que ingresaba el paciente a consulta externa, pues se regían por órdenes médicas. En cuanto a las actividades específicas que realizaba en el dispensario, sostuvo que se regía por las órdenes médicas, pues su labor se desempeñaba obedeciendo las mismas (cuando llega al paciente a consulta, el medico da órdenes médicas y ella daba cumplimiento a las mismas), a manera de ejemplo adujo que el médico pasa la evolución médica para continuar el manejo al paciente, como laboratorios, micro nebulizaciones, etc., y ellas debían realizar dichas funciones.

En cuanto a los horarios, afirma que se tenían turnos de 7am a 1pm, de 1pm a 7pm y de 7 pm a 7 am; se encontraban subordinadas por un líder que era la mayor del dispensario.

De igual manera manifestó que tenían un cuadro de asignación, que debían cumplir y salían cada mes, aclaró que cuando hacían el turno de la noche, tenían derecho a descanso.

Arguye que si el mes era de 30 días eran 180 horas y de 31 días, 186 horas, que en ocasiones les tocaba todo el día, es decir, cubrir dos turnos, en casos excepcionales.

Afirmó que había personas que cumplían las mismas funciones, específicamente existían dos auxiliares de planta, pero sus

funciones eran netamente administrativas, no hacían la parte asistencial.

Cuando había mucho trabajo, el apoyo venía de los soldados de combate.

En el 2011 cuando se terminó el contrato, salieron como 4 personas, de las que recuerda solo a las señoras Cristina González, Lorena Pérez. En cuanto a Cristina González, señaló que duró 12 años laborando en las mismas condiciones.

Es concreta en manifestar que al salir de la institución, fueron reemplazadas por el mismo número de personas, lo cual supo cuando iba a visitar a sus compañeras y ellas le mostraban la persona que las había reemplazado.

Aseguró que la actora estaba subordinada, porque cumplía un horario establecido por la propia institución de acuerdo con la asignación, portaban uniforme y, dependían de lo que les dijera el director del dispensario.

Aseguró que nunca había interrupciones en los contratos, puesto que cuando terminaban uno, continuaban con el otro inmediatamente.

JENNI AMPARO AROCA: informó que tiene demanda en contra del Ejército por los mismos hechos de la presente demanda y que conoce a la demandante hace 10 años, porque fueron compañeras en Sanidad Militar, es decir, por la afinidad en la profesión.

En cuanto a las funciones desempeñadas manifestó que la demandante es técnico de auxiliar de enfermería; en el dispensario se presta el servicio de primer nivel de atención a pacientes militares, sus familias y niños, urgencias y servicio de observación, enfermería, administración de medicamentos, se recibía y entregaba turnos, se administraba tratamientos a pacientes, se cumplían órdenes médicas, curaciones; cuando habían crisis en el área debían estar con disponibilidad de tiempo o cuando había combates que avisaban por radio, tenían que estar pendientes en el helipuerto para recibirlos.

Manifestó que eran vinculadas por prestación de servicio pero no descansaban, terminaban un contrato y continuaba el otro, había

jefe de dispensario, tenían una rotación de más o menos 180 o 196 horas al mes.

Cuando había campañas de cirugía la disponibilidad era total para estar allá, se programaba y reunía todo, para sacar las cirugías para los militares; por tanto ellas tenían horario o disponibilidad total.

El jefe del dispensario o jefe de servicio era quien establecía los turnos, ya que debía siempre haber dos auxiliares en cada turno, y eran quienes comunicaban y organizaban las brigadas.

En cuanto a los turnos, manifestó que eran de 7am a 1pm y de 1pm a 7pm o 7pm a 7 am., y un compensatorio libre por la tramochoa e luego se inicia el cuadro de turnos nuevamente.

Que de su propia cuenta, les correspondía el pago de salud, pensión y ARL; así mismo, asumían el costo de los uniformes, no obstante que tenían el logo de la entidad.

Afirma que siempre había jefe de dispensario, quienes preparan las brigadas, pues venían de Bogotá médicos especialistas, de igual manera, el cuadro de turnos lo firmaba el jefe de dispensario y autorizaba el mismo para el personal.

Afirmó que debían presentar los soportes de pago de seguridad social para que procedieran con el pago de los honorarios, y las certificaciones se las otorgaba el jefe de dispensario y/o jefe interna que rotaba con ellas.

4. CASO CONCRETO

La parte actora afirma que su vinculación contractual, esto es, los aludidos y referenciados contratos de prestación de servicios anexados con la demanda, fue el instrumento utilizado por la entidad demanda para encubrir una relación de estirpe laboral con la Dirección de Sanidad Militar No. 5176 del Batallón ASPC de Neiva; en el cual, fungió en calidad de *auxiliar de enfermería*.

Por esa razón, demanda que se declare la existencia de una relación laboral en aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre la formalidad en materia laboral y que como consecuencia de ordene el pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho en iguales condiciones que las enfermeras de planta de la entidad.

La entidad demandada se opone a tales súplicas, pues considera que la demandante se vinculó contractualmente con la institución y que por esa sola razón, no hay lugar a reconocer prestaciones sociales, pues dicha vinculación estuvo enmarcada por la Ley 80 de 1993, en lo correspondiente a los contratos de prestación de servicios.

El *a quo* negó las pretensiones basado en que no se demostró el elemento de la subordinación, requisito necesario para declarar la existencia de una relación laboral y la parte actora se opone a tal decisión, aduciendo que si está acreditado tal supuesto fáctico.

En consecuencia, la Sala dilucidará si se encuentran acreditados los elementos de la relación laboral denominados subordinación y dependencia, entre la aquí demandante y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional- Dirección de Sanidad.

En este orden, conforme a lo probado en el proceso, se acredita que la señora Norma Patricia Cruz Guio laboró como auxiliar de enfermería en el Establecimiento de Sanidad Militar de la Novena Brigada –Dispensario Médico de la Novena Brigada-, tal como se extrae de los contratos de prestación de servicios.

De tales contratos se desprende con claridad y sobre ello no hay discusión entre las partes, que existió la prestación personal del servicio y la remuneración de la labor, pues se acreditó que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional contrató a la señora Cruz Guio como auxiliar de enfermería y que esta recibía una remuneración o un pago como contraprestación a ese específico servicio y funciones administrativas de salud.

En lo que atañe al elemento de la **remuneración**, advierte la Sala que la entidad demandada pagaba mensualmente a la actora los honorarios pactados en la forma prevista en los diferentes contratos de prestación de servicios, tal como se desprende de las actas de liquidación de algunos de los contratos aportados con la demanda, que dan cuenta de la remuneración percibida, la cual se hacía de forma mensual y periódica.

Ahora, frente a la **subordinación**, que es el elemento en discusión en el caso *sub examine*, la Sala encuentra acreditados los siguientes presupuestos que permiten inferir que efectivamente hubo subordinación por parte del Ejército Nacional frente a la prestación del servicio asistido por la demandante en su calidad de auxiliar de enfermería.

Como bien se precisó antes, para el caso de las auxiliares de enfermería, se *presume* la configuración de la subordinación en la prestación de este servicio y por ende, de la relación laboral; lo cual no fue desvirtuado por la entidad demandada, pues las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para darle credibilidad a la existencia de este elemento y concluir que la entidad demandada de manera permanente, continua y subordinada contrató los servicios de la demandante como auxiliar de enfermería bajo la modalidad de una relación laboral y no mediante contrato de prestación de servicios.

En efecto, está demostrado que la demandante desempeñó una función institucional propia de la entidad, como lo es la prestación del servicio de la salud para el área de sanidad del Ejército Nacional, por cuanto esa función no es extraña a la entidad contratante, pues de conformidad con los artículos 2° y 3° de la Ley 352 de 1997, “*Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”, la sanidad es un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios, para la prestación del servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación.

Adicionalmente, la prueba testimonial, la cual si bien puede tener algunos matices de parcialidad, dado que son también demandantes en otros procesos en los que reclaman iguales pretensiones, también lo es que dan cuenta y son coherentes en afirmar que en la planta de personal de la entidad existía personal que ejercía funciones de auxiliar de enfermería y recibían apoyo de personal militar capacitado en el tema, hechos o afirmaciones que no fueron desvirtuadas por la entidad demandada ni por otros medios probatorios.

Aunado a lo anterior, dentro de las funciones asignadas contractualmente a la demandante se encontraba, entre otras las de *i)* prestar con eficiencia y calidad los servicios médicos asistenciales, *ii)* rendir los informes requeridos por la Dirección de Sanidad Militar, o el supervisor del contrato, *iii)* cumplir con el manejo de las historias clínicas en cuanto a su diligenciamiento y confidencialidad teniendo en cuenta lo dispuesto en la resolución 1995 del 8 de julio de 1999, *iv)* dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 23 de 1981, *v)* responder por todos y cada uno de los perjuicios atribuibles a su negligencia que ocasione en desarrollo de alguna actividad tendiente al cumplimiento del

convenio, vi) participar en los diferentes comités a que haya lugar dentro del Dispensario médico, *entre otras*.

De la misma manera, obra en el plenario copia de los cuadros de turno del personal de enfermería de algunos meses del año 2010 y 2011, en los que se registra los turnos asignados a cada empleado durante el mes, asignando el área a que le correspondía atender.

Frente al criterio de habitualidad, los testimonios fueron coincidentes en afirmar que existían 3 turnos, dos en el día de 7 am a 1 pm y de 1 pm a 7 pm, y el turno de la noche que iba de 7 pm a 7 am, siendo los horarios que debían cumplir a cabalidad las auxiliares de enfermería, los cuales eran asignados por el jefe del dispensario.

Es de advertir que la labor desempeñada por la parte actora, es inherente a la desempeñada por la planta de personal del Dispensario Médico de la Novena Brigada, ya que realizó funciones similares a las demás enfermeras, pues el hecho de cumplir un horario, la aplicación de procedimientos científicos, protocolos exigidos por el médico tratante y demás, guardar reserva sobre historias clínicas y asuntos relacionados con su actividad son inherentes a la profesión que ejercen; y el cumplimiento de turnos evidencian no tanto una relación de coordinación entre las partes, sino una perfecta *subordinación* respecto del Establecimiento de Sanidad, sin la existencia de autonomía para cumplir con el objeto del contrato.

De lo anterior se puede afirmar que, así hayan existido periodos de interrupción en la contratación, no es jurídico concluir que la relación o vínculo pueda calificarse de esporádico u ocasional, como lo sostuvo el a quo y que por ende, no exista relación laboral, pues de las pruebas aportadas al proceso, además de que se presume, se acredita que se configuró una verdadera relación de trabajo, pues la prestación del servicio fue por un periodo superior a cuatro años y ello, es evidente que constituye un serio indicio de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de las enfermeras de planta.

Además, en cuanto a estas interrupciones mínimas en la suscripción de los contratos de prestación de servicio, según lo aseveran los testimonios, en esos lapsos no hubo interrupción real de la prestación de los servicios en el dispensario, por lo que físicamente nunca existieron las mismas.

Así, encuentra la Sala demostrado que la demandante desarrolló sus funciones en las instalaciones y con los recursos de la entidad demandada, por consiguiente, se infiere que en realidad la relación contractual no se ejecutó con independencia ni con los recursos propios de la contratista, tanto así que se pactó que la demandante debía *“mantener la adecuada presentación personal y racionalización del recurso disponible con pertinencia, en las remisiones y órdenes de servicio”*, circunstancia esta que comporta un criterio de determinación de subordinación.

En consecuencia, se acreditó que la demandante recibió y cumplió órdenes impartidas por el personal de la Dirección de Sanidad, quien cumplía el papel de superior jerárquico del área en la que la actora debía realizar sus actividades, bajo subordinación y con los elementos asignados por la entidad.

Por lo tanto, la labor desempeñada por la demandante no fue ajena a la entidad, ni estuvo revestida con un carácter ocasional o transitorio, además se desarrolló bajo la subordinación de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional; lo que implica que en el presente caso se logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados en la medida que la administración utilizó la figura del contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza de la labor desempeñada, circunstancia que impone declarar la existencia del vínculo laboral.

Finalmente, del contenido de las obligaciones contractuales no se evidencia un conocimiento técnico o científico de la demandante que justificara su vinculación por prestación de servicios y que no pudiera ser desarrollado por otro profesional de planta, por consiguiente, también se descarta la aplicación del criterio de la excepcionalidad.

De ahí que, dando aplicación al marco normativo aplicable y acogiendo la línea jurisprudencial expuesta en esta providencia, resulta imperioso concluir que de la prestación de servicios de auxiliar de enfermería por parte de la señora Norma Patricia Cruz Guio se demuestra la existencia de una relación laboral; en otras palabras, la prestación del servicio fue personal, subordinada y con una retribución por el servicio.

En ese orden de ideas, estima la Sala que los periodos a reconocer en virtud de la declaración de la existencia de la relación laboral, son los siguientes:

No. Contrato	Duración	Valor
044	1 de febrero al 31 de julio de 2006	\$4.500.000
216	1 de agosto de 2006 al 31 de enero de	\$4.5000.000

	2007	
26	12 de febrero al 11 de agosto de 2007	\$4.500.000
139	14 de agosto al 31 de diciembre de 2007	\$3.500.000
054	2 de enero al 30 de junio de 2008	\$5.280.000
127/BASPC9	Desde su perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2008	\$5.221.333
009/BASPC9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de abril de 2009	\$2.610.666
108/BASPC-9-2009 del 1 de mayo de 2009	4 meses desde su perfeccionamiento	\$5.280.000
010/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2010	\$5.280.000
159/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 15 de diciembre de 2010	\$2.438.000
07/BASPC-9	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2011	\$5.851.200

Ahora, ante la existencia de la relación laboral y en lo que se refiere al pago de las prestaciones que reclama la parte actora en virtud de la nulidad del acto administrativo y la prescripción extintiva de los derechos laborales, como ya se indicó, se aplicará el criterio expuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado²³, en cuanto a que prescribe el derecho a las prestaciones sociales anteriores a tres años, contados desde la terminación del nexo contractual con el empleador y que se interrumpe por una sola vez y por un plazo igual con el reclamo escrito del trabajador.

No. Contrato	Duración	Acta de liquidación	Fecha de Prescripción
044	1 de febrero al 31 de julio de 2006	No se aportó acta de liquidación	N/A
216	1 de agosto de 2006 al 31 de enero de 2007	No se aportó acta de liquidación	
26	12 de febrero al 11 de agosto de 2007	Los servicios a prestar no se recibieron por tiempo vencido del contrato ²⁴	N/A
139	14 de agosto al 31 de diciembre de 2007	Los servicios a prestar no se recibieron por tiempo vencido del contrato ²⁵	N/A
054/2008 del 2 de enero de 2008	2 de enero al 30 de junio de 2008	Del 2 de julio de 2008. Ejecución de 6 meses por valor de \$5.280.000	1 de julio de 2011
127/BASPC9 del 3 de julio de 2008	Inicialmente desde su perfeccionamiento hasta el 31 de diciembre de 2008	Del 30 de abril de 2009. Adicionado en tiempo y valor. Ejecución final de 7 meses y valor final del contrato \$6.101.000	1 de enero de 2011
009/BASPC9 del 2 de febrero de 2009	Desde su perfeccionamiento hasta el 30 de abril de 2009	Ejecución de 89 días por la suma de \$2.610.666	1 de mayo de 2012
108/BASPC-9-2009	4 meses desde su perfeccionamiento	No se aportó acta de	1 de enero de

²³ Sección Segunda. Sentencia CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Rad.: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

²⁴ Fl. 286 C. 2

²⁵ Fl. 288 C. 2

del 1 de mayo de 2009 Adicionado	Adicionado en dos meses hasta el 31 de diciembre de 2009	liquidación	2012
010/BASPC-9 del 7 de enero de 2010	Inicialmente desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2010	Del 31 de enero de 2011, adicionado en tiempo y valor. Ejecución de 9 meses y valor final del contrato \$7.920.000	1 de octubre de 2013
159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010	Desde su perfeccionamiento hasta el 15 de diciembre de 2010	Del 31 de enero de 2011, plazo de ejecución de dos meses y quince	16 de diciembre de 2013
07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011	Inicialmente desde su perfeccionamiento hasta el 30 de junio de 2011	Del 1 de septiembre de 2011, adicionado en tiempo y valor. Ejecución total de 8 meses y valor final del contrato \$7.801.600	1 de octubre de 2014

De esta manera, teniendo en cuenta que la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales fue radicada ante la entidad demandada el 7 de octubre de 2013, la cual fue negada mediante los actos administrativos oficio No. 004617 MDN- CGFM-CE.DIV 5-BR9-BASPC9-ESM5176 del 29 de noviembre de 2013; Resolución No. 00012 del 15 de septiembre de 2014 y Resolución No. 016 del 1 de diciembre de 2014, y la presente demanda fue presentada el 02 de junio de 2015, según acta de reparto -f. 104 C. 1-, se configura el fenómeno prescriptivo para los contratos de prestación de servicios 044 del 1 de febrero de 2006, 216 del 1 de agosto de 2006, 26 del 12 de febrero de 2007, 139 del 14 de agosto de 2007, 054 del 2 de enero de 2008, 127/BASPC9 del 3 de julio de 2008, 009/BASPC9 del 2 de febrero de 2009, 108/BASPC-9- 2009 del 1 de mayo de 2009 y su adición No. 001/BASPC-9-2009 del 1 de noviembre de 2009, 010/BASPC-9 del 7 de enero de 2010, teniendo en cuenta que la solicitud fue en forma extemporánea en la medida que la misma se presentó, como ya se dijo, el día 7 de octubre de 2013, fecha para la cual ya habían transcurrido más de tres años contados a partir de la terminación de los mismos, por ende, no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los mentados contratos.

Frente a los contratos 159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010 y 07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011, advierte la Sala que no se configuró el fenómeno prescriptivo de las prestaciones causadas en la medida que la reclamación se presentó en tiempo, esto es dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato en mención.

En este orden de ideas, la señora Norma Patricia Cruz Guio tiene derecho, a título de indemnización, al pago de las diferencias causadas por el tiempo de la prestación de servicios de los contratos 159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010 y 07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011 por

concepto de prestaciones sociales, teniendo en cuenta como base de liquidación, los honorarios pactados por las partes en los contratos de prestación de servicios suscritos.

Por lo que las sumas resultantes deberán ser indexadas, aplicando para ello la siguiente fórmula:²⁶

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

Por otro lado, de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, el tiempo de servicios en los que se desvirtuó la ocurrencia de una relación contractual es computable para efectos pensionales.

Precisa la Sala, que una vez revisado el expediente se advierte que la actora demostró el cumplimiento de la obligación contractual de sufragar o pagar los aportes al sistema de seguridad social, por lo tanto, teniendo en cuenta que en materia pensional los aportes a este sistema son imprescriptibles, la entidad demandada deberá tomar la totalidad del tiempo de servicios en los periodos en los que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes, los honorarios pactados y las prestaciones a que tendría derecho la actora debidamente indexados, mes a mes, y determinar el Ingreso Base de Cotización.

Si existiere diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, la demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En cuanto al pago de horas extras serán negadas toda vez que no existe prueba que permita determinar cuántas horas extras laboró la demandante durante su vinculación con la entidad, en qué fechas se causaron, ni el horario de las mismas.

Por otra parte, ha de precisar la Sala que no existe razón jurídica ni probatoria que haga viable la devolución de los dineros cancelados por la actora por concepto de cotizaciones en salud y pensión como se pretende en la demanda, dada la naturaleza parafiscal que tienen tales recursos, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda la actora ejercer.

²⁶ Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago. Liquidando separadamente año por año para cada mesada prestacional que se

Así las cosas no hay lugar a devolución de los dineros que a título de aportes al sistema de seguridad social en pensiones le hubiera correspondido efectuar a la señora Cruz Guio, pues solo es procedente que la demandada cancele al respectivo fondo de pensiones escogido por la demandante, el porcentaje o diferencia de valor a que haya lugar respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones durante los periodos en los que se demostró la existencia de una relación laboral.

De otra parte, en cuanto a la petición de reconocimiento y pago de los intereses corrientes que se hayan causado, considera la Sala que por tratarse de una sentencia que declara la existencia de la relación laboral, no es posible dar lugar al reconocimiento y consecuente pago de tal emolumento, pues es a partir de la decisión que reconoce esa existencia laboral, la que permite reclamarlas.

En lo relacionado con que se ordene la devolución de los descuentos realizados a la demandante por concepto de retención en la fuente, debe precisar la Sala que si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica *per se* la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad de la indemnización es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato²⁷.

5. CONDENA EN COSTAS.

En cuanto a las costas²⁸, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la

haya causado anualmente y mes por mes para las que se hayan generado mensualmente, teniendo en cuenta que se trata de obligaciones de tracto sucesivo.

²⁷ Consejo de Estado, sentencia de 17 de noviembre de 2011, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011).

²⁸ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y acercándonos más a un criterio objetivo-valorativo.

En reciente decisión, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁹, insistió que siempre debe tenerse en cuenta estos aspectos a fin de imponer costas a la parte vencida.

En el caso examinado, la Sala observa que no hay pruebas que permitan afirmar que la parte demandante haya incurrido en gastos y expensas judiciales, por lo tanto, atendiendo los criterios ya definidos, no habrá condena alguna por este concepto a favor de la demandante, aunado a que las pretensiones prosperan parcialmente, al declararse la prescripción.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva el 31 de mayo de 2018, y en su lugar.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción en relación con las prestaciones causadas en relación con los servicios prestados en virtud de los contratos 044 del 1 de febrero de 2006, 216 del 1 de agosto de 2006, 26 del 12 de febrero de 2007, 139 del 14 de agosto de 2007, 054 del 2 de enero de 2008, 127/BASPC9 del 3 de julio de 2008, 009/BASPC9 del 2 de febrero de 2009, 108/BASPC-9- 2009 del 1 de mayo de 2009 y su adición No. 001/BASPC-9-2009 del 1 de noviembre de 2009, 010/BASPC-9 del 7 de enero de 2010, celebrados entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y NORMA PATRICIA CRUZ GUIO.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, **sentencia del 28 de junio de 2018**. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00104-01(0940-15). En igual sentido, **Sentencia del 31 de octubre de 2018**. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. **170001-23-33-000-2015-00255-01(0173-18)**.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No. 004617 de 29 de noviembre de 2013 y la Resolución No. 016 de 1 de diciembre de 2014, a través del cual la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL negó a la señora NORMA PATRICIA CRUZ GUIO, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de los servicios prestados como auxiliar de enfermería de esa entidad.

CUARTO: Declarar que entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y NORMA PATRICIA CRUZ GUIO, existió una relación laboral en los periodos comprendidos en los contratos de prestación de servicio No. 044 del 1 de febrero de 2006, 216 del 1 de agosto de 2006, 26 del 12 de febrero de 2007, 139 del 14 de agosto de 2007, 054 del 2 de enero de 2008, 127/BASPC9 del 3 de julio de 2008, 009/BASPC9 del 2 de febrero de 2009, 108/BASPC-9- 2009 del 1 de mayo de 2009 y su adición No. 001/BASPC-9-2009 del 1 de noviembre de 2009, 010/BASPC-9 del 7 de enero de 2010, 159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010 y 07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011.

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de indemnización, se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL pagar a la demandante NORMA PATRICIA CRUZ GUIO el valor equivalente a las prestaciones sociales causadas por la prestación de servicios, según los contratos Nos. 159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010 y 07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011, teniendo en cuenta como base de liquidación, los honorarios pactados por las partes. Las sumas adeudadas deberán ser indexadas, aplicando para ello la fórmula descrita en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: La entidad demandada deberá tomar para los fines de los aportes para pensión la totalidad del tiempo de servicios en el que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes (periodos establecidos en los contratos de prestación de servicio 044 del 1 de febrero de 2006, 216 del 1 de agosto de 2006, 26 del 12 de febrero de 2007, 139 del 14 de agosto de 2007, 054 del 2 de enero de 2008, 127/BASPC9 del 3 de julio de 2008, 009/BASPC9 del 2 de febrero de 2009, 108/BASPC-9- 2009 del 1 de mayo de 2009 y su adición No. 001/BASPC-9-2009 del 1 de noviembre de 2009, 010/BASPC-9 del 7 de enero de 2010, 159/BASPC-9 del 01 de octubre de 2010 y 07/BASPC-9 del 10 de enero de 2011), los honorarios pactados y las prestaciones a que tendría derecho la actora debidamente indexados, mes a mes, y determinar el Ingreso Base de Cotización.

Si existiere diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, la demandada deberá realizar las deducciones a que haya lugar, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión en el porcentaje que le correspondía como empleador.

SÉPTIMO: La entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia en el término establecido en el artículo 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Sin condena en costas en ninguna instancia.

DÉCIMO: En firme la presente sentencia devuélvase al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada
(Ausente con permiso)

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado