



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ingrid Paola Gutiérrez Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00169-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Ingrid Paola Gutiérrez Osorio Saavedra contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La demandante **Ingrid Paola Gutiérrez Osorio**, actuando por intermedio de apoderada judicial, formuló demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretendiendo se declare nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE del 15 de enero de 2018 por el cual se negó la totalidad de las reclamaciones administrativas efectuadas por la demandante; que como consecuencia de lo anterior se declare la existencia de una verdadera relación laboral desde el 15 de enero de 2013 y hasta el 16 de diciembre de 2015, y que se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones sociales, sanciones y aportes a seguridad social reclamados, al igual que se le condene en costas.

2. HECHOS:

Como sustento fáctico relevante, se dice que la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio se vinculó con la Nación – Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar - Dirección de Sanidad Ejército Batallón A.S.P.C. No. 6 como Auxiliar de Laboratorio, mediante sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 15 de enero de 2013 hasta el 16 de diciembre de 2015, siendo asignada al Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 16 “Patriotas” de Honda – Tolima, que configuraron una auténtica relación de trabajo, debiendo prestar personalmente el servicio, cumpliendo horarios de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 5:00 p.m. y sábados en la mañana; recibiendo órdenes de sus superiores, esto es, la bacterióloga del Dispensario Médico Dra. Claritza Alejandra Barragán Moreno y los Capitanes Lorena Andrea Ponttiers y Henry Hoyos, encargados del referido Dispensario, siendo estos dos últimos ante quien debía solicitar permisos.

Aduce que dentro durante el tiempo en que estuvo vinculada con la entidad demandada, fue la única encargada de realizar las funciones como Auxiliar de Laboratorio en el Dispensario Médico del Batallón de Infantería No. 16 "Patriotas" de Honda-Tolima.

Advierte que, a pesar de lo anterior, la entidad demandada nunca le reconoció ni pagó las prestaciones salariales sociales durante el referido periodo laborado.

Expresa que elevó reclamación administrativa, la cual le fue resuelta definitivamente de manera negativa mediante oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE DEL 15 DE ENERO DE 2018, siendo notificada el 18 de enero de 2018.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término concedido para ello, la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, emite pronunciamiento en el que se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, señalando que no se reúnen los elementos del contrato de trabajo, esgrimiendo la ausencia de vínculo laboral, la inexistencia de prueba de la subordinación, así como la ausencia de causales de nulidad del acto administrativo demandado.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 17 de mayo de 2018 (Fol. 1); el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto del 29 de mayo de 2018 declaró la falta de competencia en razón a la cuantía, ordenando remitir el expediente a los juzgados administrativos del circuito de Ibagué (Fols. 255-256), correspondiendo a este despacho judicial que la admitió a través de auto fechado 16 de julio de 2018, disponiendo lo de Ley (Fol. 264); vencido el término de traslado para contestar la demanda, así como las excepciones propuestas, mediante auto del 19 de marzo de 2019 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 342), la cual se llevó a cabo el día 18 de julio del año 2019, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes; en ella se analizaron los requisitos de procedibilidad, se declaró parcialmente probada la excepción de Ineptitud Sustancial de la demanda frente a unos actos demandados, se declaró de oficio la excepción de Ineptitud Sustancial de la demanda frente a los actos presuntos demandados, y se dispuso continuar el trámite de la demanda únicamente en relación con el acto administrativo contenido en el oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE del 15 de enero de 2018; así mismo se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo, y se decretaron pruebas (Fol. 346-348). Durante el día 1° de noviembre de 2018 (Fol. 351-352) se adelantó la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 del C.P.A.C.A, en la que se evacuaron las pruebas decretadas, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes.

Medio de control:
Demandante:
Demandado:
Radicación:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Ingrid Paola Gutiérrez Osorio
Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
73001-33-33-003-2018-00169-00

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido para el efecto, los apoderados judiciales de la parte demandante (Fls. 372-374) y demandada (Fls. 355-365) presentaron alegatos de conclusión por escrito.

5.1. Parte demandante

Es señalado por el apoderado judicial del demandante, que en el proceso se encuentran acreditados los elementos que configuran una verdadera relación laboral entre su poderdante y la entidad demandada, y que por ende le asiste derecho en el reclamo de las pretensiones perseguidas.

5.2. Parte demandada

La parte accionada indica que el acto administrativo demandado no se encuentra viciado de nulidad; que no existen razones fácticas ni jurídicas para acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto la entidad demandada actuó en derecho al pagar todos los valores adeudados a la demandante de acuerdo al vínculo contractual existente, aduciendo que no existe relación laboral alguna con la contratista por lo que no tenía derecho al pago de prestaciones diferentes a los honorarios pactados; señala que no se demostró la concurrencia de los elementos de una relación de carácter laboral entre el demandante y la entidad demandada, precisando que lo celebrado fueron contratos de prestación de servicios, del cual no surgió una subordinación, sino una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales pactadas, sin que existiera dependencia o subordinación frente al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por cuanto no se le impartió ningún tipo de orden por parte de la entidad, ya que solo se le encomendaba un objeto específico y unas obligaciones descritas que hacen relación a la ejecución de actividades coordinadas con el quehacer de la entidad, los cuales realizaba teniendo en cuenta sus conocimientos y deberes que su profesión le exige, dando aplicación a estos de manera autónoma, sin que existiese en ningún momento subordinación.

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en los incisos 2 y 4 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se centrará en determinar si existió una verdadera relación de carácter laboral entre la demandante y el demandado Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2013 y el 16 de diciembre de 2015, con el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales, sanciones y aportes a seguridad social reclamados.

3. MARCO JURÍDICO

a) *Del contrato de prestación de servicios.*

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de prestación de servicios con el Estado, se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993, el artículo 32 de dicho estatuto, dispone: “3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)”.

En sentencia C-154-97¹ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, sobre el particular:

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.** Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”* (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por esta misma senda, el Consejo de Estado, ha señalado que el contrato de prestación de servicios se utiliza como medio para contratar los servicios

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

especializados que no pueden ser desempeñados por personas que hacen parte de la planta de personal, al respecto la sentencia del 05 de octubre de 2017, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado², señaló:

“En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

(...)

*De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, **la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral**, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.*

En otras palabras, el denominado «contrato realidad» 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.³”

Igualmente en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha señalado que en el contrato de prestación de servicios, el contratista dispone de plena libertad, autonomía e independencia, de tal forma que sus actividades deben llevarse a cabo con el ánimo de cumplir con el objeto del contrato, bajo labores coordinadas y por la cual se le reconocen unos honorarios.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia de 05 de octubre de 2017. Exp. 68001-23-31-000-2011-00711-01(2361-14)

³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

b) De la relación laboral y sus elementos constitutivos

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

"Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)..."

"Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)"

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un empleado público⁴.

Sobre los elementos constitutivos de la relación laboral, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha señalado que para que exista una verdadera relación laboral debe darse la configuración y existencia de tres elementos que resultan necesarios, tales como, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, haciendo especial énfasis en la subordinación la cual no se puede confundirse con la coordinación. Al respecto la Sección Segunda – Sub Sección "B", con Ponencia del Consejero Luis Rafael Vargas Quintero, en sentencia del 05 de octubre de 2017, reitera:

"De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare 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

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B", C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 08 de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.”

Sobre esta misma senda, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶, expresó:

*“El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.”*⁷

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

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁸, 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 plenamente 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 la parte demandante 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 demandante 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

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Cesar Palomino Cortes, Sentencia de 16 de marzo de 2017.

⁷ *Ibidem.*

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera 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 que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*"(...) para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la **designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente".*

Así es dable concluir que, no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley."

c) De la condena en el contrato realidad

Ahora bien, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha ocupado de explicar que, una vez desenmascarada la figura del contrato de prestación de servicios por la de una relación de origen laboral, surgen unas condenas a las que eventualmente habría lugar a reconocer a un trabajador de esta índole.

Así, en sentencia de 16 de marzo de 2017 se sostuvo:

"De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional¹⁰. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de

⁹ 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. Tarcisio Cáceres Toro.

¹⁰ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: "cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".

(...)

"En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios".

los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia"¹¹.

Sin embargo, advierte la Sala que, en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

"Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfracó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...)

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 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"¹² (Subraya la Sala).

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas y las cesantías; por otra parte, las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”¹³.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.”

4. DEL CASO CONCRETO

Con base en el anterior marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, dentro de las que se destacan las que a continuación se enuncian, el Despacho procederá a hacer el análisis del caso en particular:

- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales número 078 suscrito el 15 de enero de 2013, con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2013 (Fis. 4-8).
- Copia del contrato de prestación de servicios número 68 suscrito el 15 de enero de 2014, con plazo de ejecución hasta el 15 de julio de 2014 (Fis. 9-11).
- Copia del contrato de prestación de servicios número 091 suscrito el 16 de julio de 2014, con plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2014 (Fis. 12-14).
- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión número 003 suscrito el 15 de enero de 2015, con plazo de ejecución de 5 meses (Fis. 15-19).

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucia Ramirez de Páez (E).

- Copia del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión número 091 suscrito el 16 de junio de 2015, con plazo de ejecución de 6 meses (Fls. 20-24).
- Copia del cuadro de turnos de disponibilidad personal civil en el Establecimiento de Sanidad Militar 5044 del Batallón de Infantería No. 16 "Patriotas" (Fls. 25-28).
- Copia informes contrato por prestación de servicios No. 078 de 2013 y anexos de los meses de enero a abril, julio a octubre y diciembre (Fls. 29-110).
- Copia informes contrato por prestación de servicios No. 68 de 2014 y anexos de los meses de enero a junio, julio a octubre y diciembre (Fls. 29-110).
- Copia informe actividades del mes de septiembre de 2015 (Fl. 175).
- Copia solicitud de permisos para los días 18 de febrero de 2014 y 19 y 20 de marzo de 2015 (Fls. 176-177).
- Copia del carné de la demandante (Fl. 178).
- Copia de la reclamación administrativa presentada ante la entidad demandada (Fls. 179-183).
- Copia del acto administrativo contenido en el oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE DEL 15 DE ENERO DE 2018, siendo notificada el 18 de enero de 2018 (Fl. 228-231).
- Expediente administrativo de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante para los años 2013 a 2015 (Fl. 293 y 304).
- En audiencia de pruebas celebrada el 1° de noviembre de 2019 se recibieron a petición de la parte actora, los testimonios de Claritza Alejandra Barragán Moreno y José Manuel Herrera Tafur.

Del **testimonio** rendido por **Claritza Alejandra Barragán Moreno**, bacterióloga vinculada al Ejército Nacional mediante contrato de prestación de servicios desde el año 2007 hasta el 31 de diciembre de 2016, se destaca que la testigo señaló que la hoy demandante Ingrid Paola Gutiérrez Osorio estuvo vinculada con el Ejército desde enero de 2013 hasta diciembre de 2015, cumpliendo las labores de Auxiliar de Laboratorio, debiendo tomar todas las muestras (alistar las muestras, centrifugarlas y dejarlas en cada sección del laboratorio para que la bacterióloga las procese), mantener limpio el laboratorio (lavado, desinfección y esterilización del material del laboratorio), transcripción de exámenes y atención al público para la entrega de reportes, asistir a jornadas cívico-militares; indicó también, que el laboratorio se encontraba en el Batallón Patriotas de Honda-Tolima; así mismo, que tuvieron rotación de horario, pero que generalmente, incluyendo a la demandante, ingresaban a las 7 de la mañana hasta las 12 del día y regresaban a las 2 hasta las 5 de la tarde, horario que había sido establecido por la Directora del Dispensario para la época de los hechos, la Capitana Andrea Montier; aunado a lo anterior, al ser interrogada respecto a quién le daba las órdenes a la demandante, señaló que *"en el laboratorio como tal órdenes de organización de muestras, todo lo que fuera de laboratorio como tal yo le decía cómo nos organizábamos, cómo nos distribuíamos lo que íbamos a hacer, pero a nivel de dispensario, las órdenes siempre las recibíamos del jefe del dispensario o de quien cumpliera las funciones"*, aclarando que el dispensario era el sitio donde se cumplían las

funciones para las cuales las contrataban, el cual contaba con un director, indicando que *“el director era el que nos asigna las funciones y en el contrato dice qué debemos hacer, pero pues las órdenes las recibimos directamente del Director..”*; así mismo de su testimonio se desprende que la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio no se podía ausentar de su sitio de trabajo, por cuanto no había quien desempeñara su funciones, las cuales no se podían suspender intempestivamente, debiendo la bacterióloga asumirlas, empero, aclarando que a esta le era imposible desarrollarlas por su respectiva carga de funciones; sobre el particular, señaló incluso que una vez fue desvinculada la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio, se contrató a una nueva persona para que siguiera desarrollando las funciones de auxiliar del laboratorio.

Del **testimonio** rendido por **José Manuel Herrera Tafur**, odontólogo vinculado al Ejército Nacional mediante contrato de prestación de servicios durante aproximadamente 11 años y hasta el 31 de diciembre de 2016, se destaca de sus afirmaciones que, conoció a la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio cuando esta se desempeñó como Auxiliar de Laboratorio desde enero de 2013 y hasta el año 2015 con el Ejército, en la sección de laboratorio clínico del dispensario médico del Batallón No. 16 Patriotas de Honda-Tolima; indicó que las funciones que desarrollaba la demandante eran las de toma de muestras y lavado de los utensilios del laboratorio, así como la realización de informes para entregar a la jefe del laboratorio, aclarando que no existía ningún personal de planta que desarrollara estas funciones; señaló el testigo que todos en el dispensario debían cumplir horario, siendo el suyo de 8 a 6, que cuando llegaba a laborar, ya se encontraba en el dispensario la demandante, quien debía estar allí desde una hora antes que él; así mismo, indicó que los horarios del personal del dispensario se daban mediante una directriz de la jefe del dispensario; expresó que la persona que le daba las órdenes o directrices a la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio era la Capitana Montier, posteriormente llegó el Capitán Hoyos y finalmente el Capitán Acevedo, pues cada dos años los rotaban; finalmente señaló que para la prestación de los servicios que brindaba el referido Dispensario, este contaba primero con una sala de referencia y contra referencia, después una sala de citas, consultorio para un médico, seguía el consultorio odontológico, el laboratorio y hacia el fondo estaba psicología, otro consultorio médico y en la parte de atrás se encontraba hospitalización; igualmente señaló el testigo que el dispensario también contaba con el servicio de urgencias.

Conforme lo antedicho, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

De la Continuidad – Permanencia de la Función.

En procura de absolver, tal inquietud es del caso proceder con la siguiente relación de contratos suscritos entre las partes y que fueron ejecutados:

Contrato	Suscrito	Desde	Hasta
No. 078 de 2013	15-01-2013		el 31-12-2013 (11 meses 15 días)
Espacio interrupción 14 días			

No. 68 de 2014	15-01-2014		el 15-07-2014 (6 meses)
No. 091 de 2014	16-07-2014		el 31-12-2014 (5 meses 15 días)
Espacio interrupción 14 días			
No. 003 de 2015	<u>15-01-2015</u>		Por 5 meses (hasta el <u>15-06-2015</u>)
No. 091 de 2015	16-06-2015		Por 6 mes (hasta el 15-12-2015)

De lo expuesto y teniendo como base la prueba documental que se ha consolidado en el trámite, encontramos como demostrada la vinculación de la promotora de este debate con la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en un período comprendido entre el **15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015**.

Se precisa que dentro del referido período de vinculación contractual se presentaron 2 pequeñas interrupciones de 14 días cada una, lapso que aparece como razonable entre la suscripción de uno y otro contrato y no cuenta con entidad suficiente para tener por desvirtuada la continuidad en la prestación del servicio, pues como reluce, para dicho período se suscriben contratos consecutivos a partir del 15 de enero de 2013 que prácticamente no dejan espacios sin vinculación en el ejercicio de una actividad propia del dispensario médico del Batallón No. 16 Patriotas de Honda-Tolima, siendo este el servicio de salud que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional le brinda a su personal militar y civil, así como a sus familias, tal como lo indicó el testigo José Manuel Herrera Tafur, quien fungió como odontólogo en el referido establecimiento de salud castrense para la época de los hechos, siendo este un lugar en el que se brindaban para la época de los hechos, diferentes servicios de salud, tales como hospitalización, medicina general, psicología, odontología, urgencias y laboratorio clínico, los cuales por su propia naturaleza, implican permanencia en su prestación, y por ende, son del tránsito ordinario de las actividades misionales de la entidad en materia de prestación de servicios de salud. A partir de lo anterior, aunque no se demostró que dentro de dicha entidad existiera el cargo de Auxiliar de Laboratorio para el dispensario del Batallón A.S.P.C. No. 6, lo cierto es que las funciones propias de la Auxiliar de Laboratorio demandante, hacen parte de las actividades permanentes y misionales del subsistema de salud de las Fuerzas Militares, a tal punto que cuando la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio fue desvinculada del establecimiento de sanidad militar del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda - Tolima, se contrató a otra persona para que continuara desarrollando las funciones de Auxiliar de Laboratorio.

De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales obrantes en el plenario y analizadas en conjunto con la prueba testimonial, no queda duda que la labor cumplida por la entonces contratista, lo era de manera personal y como se aprecia del clausulado contractual, siendo el mismo objeto en todos los contratos allegados al plenario, con mínimas variaciones en los diferentes escritos contractuales sin que alteren el objeto de estos, en los cuales se indicó:

“... OBJETO.- ...se compromete para con el DISPENSARIO MÉDICO DEL BATALLÓN DE INFANTERÍA NO. 16 PATRIOTAS, a prestar sus servicios profesionales como AUXILIAR DE LABORATORIO con el fin de brindar atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en el Establecimiento de Sanidad...” (fls. 4, 9, 12, 15 y 20).

Aunado a lo anterior, todos los testimonios recibidos en la etapa de pruebas, sin excepción, dan cuenta de que la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio laboró en el establecimiento de sanidad militar del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda - Tolima como Auxiliar de Laboratorio Clínico, prestando sus servicios de forma personal e ininterrumpida, como quiera que era la encargada de tomar las muestras de laboratorio (alistar las muestras, centrifugarlas y dejarlas en cada sección del laboratorio para que la Bacterióloga las procese), limpieza del laboratorio (lavado, desinfección y esterilización del material del laboratorio), transcripción de exámenes y atención al público para la entrega de los resultados de laboratorio clínico, de todos los usuarios del referido establecimiento de sanidad militar, entre otras.

De los anteriores elementos de juicio, reluce que la labor desempeñada por la “contratista” debía necesariamente cumplirse de manera personal, y en tal sentido no era admisible, como es apenas lógico, que se hiciera de manera libre y espontánea por aquella, en el horario que escogiera motu proprio o eventualmente a distancia. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

De la Remuneración.

Frente al particular basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con la demandante, para verificar que efectivamente aquella, recibía como contraprestación en el cumplimiento de sus labores, la suma convenida para ese momento como honorarios, con lo que no merece ninguna resistencia, el hecho de que efectivamente se percibió una remuneración económica por la labor prestada en desarrollo de las actividades asignadas.

De la Subordinación.

Ahora, se cifra el presente análisis jurídico en el elemento principal de la relación laboral que se pretende demostrar por la parte actora, pues ciertamente como ya lo adelantaba la Jurisprudencia antes citada, es esta la piedra angular sobre la que se edifica un verdadero vínculo de carácter laboral, y en tal sentido sin la concurrencia de este, de nada sirve la demostración de los demás elementos.

En consecuencia para abordar el examen del mismo, dentro del caso sometido a escrutinio de esta Jurisdicción debe indicarse, que conforme lo depuesto por los declarantes traídos al proceso, la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio efectivamente se encontraba bajo subordinación del establecimiento de sanidad militar del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda - Tolima y específicamente bajo la subordinación de quien fungiera como jefe del dispensario médico, el cual, según lo expresado por los testigos, para la época

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ingrid Paola Gutiérrez Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00169-00

de los hechos era un oficial del Ejército Nacional con rango de Capitán, así mismo recibía las ordenes o directrices de la bacterióloga del laboratorio, debiendo cumplir para el desempeño de sus labores con las órdenes dispuestas; encontrándose igualmente sometida a un horario, el cual si bien variaba al del resto de personal adscrito al dispensario médico, tal diferencia obedecía a las labores propias que se desarrollaban al interior del laboratorio clínico, la toma de muestras que corresponde hacer a primeras horas del día en muchos casos, empero, cumpliendo con una carga diaria de 8 horas de lunes a viernes y media jornada los sábados, sin que pudiese ausentarse del sitio de trabajo en el momento en que esta lo dispusiera, debido a las labores propias desarrolladas por la demandante, que se reiteran, hacen parte de la función misional del dispensario de salud en el que se desarrollaban.

De otra parte, al analizar con más detenimiento las declaraciones dadas por Claritza Alejandra Barragán Moreno, quien se desempeña como bacterióloga desde el año 2007 hasta el 31 de diciembre de 2016, esta dividía las labores a desarrollar en el laboratorio clínico, asignándole de forma diaria a Ingrid Paola Gutiérrez Osorio las actividades a realizar por esta en su puesto de trabajo.

De la misma manera, se reitera que en la totalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante y que obran en el expediente, con mínimas variaciones en los diferentes escritos contractuales sin que alteren el objeto de estos, puede apreciarse:

*“... **OBJETO.-** ...se compromete para con el **DISPENSARIO MÉDICO DEL BATALLÓN DE INFANTERÍA NO. 16 PATRIOTAS**, a prestar sus servicios profesionales como **AUXILIAR DE LABORATORIO** con el fin de brindar atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares en el Establecimiento de Sanidad...”.*

Igualmente, dentro de las obligaciones específicas pactadas en los contratos, se observa que para su ejecución estaba sujeta a la carga laboral y/o directrices que sobre la misma diera la Subdirección Científica del Establecimiento de Sanidad Militar, por tanto la “contratista” no se encontraba en libertad de atender o tomar las muestras de laboratorio clínico a quien a esta mejor le pareciera y en el horario que considerara más adecuado, sino que debía atender a todos y cada uno de los usuarios del establecimiento de sanidad militar del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda – Tolima; así mismo, se observa de cada una de las obligaciones específicas de la contratista, que ésta se encontraba sujeta a las directrices dadas para el cumplimiento de funciones misionales del subsistema de salud de las fuerzas militares para cada una de las unidades de sanidad.

De manera pues que, examinados estos elementos de juicio, los mismos permiten establecer, que efectivamente se presentó entre la contratista y la entidad contratante una relación de subordinación más allá de una mera coordinación de labores, pues como puede apreciarse, para el desempeño de sus labores, la contratista no era autónoma, encontrándose sometida a las instrucciones que a través del oficial del Ejército que fungía como jefe del dispensario o establecimiento médico e incluso a través de la bacterióloga; de

igual manera y como fue expuesto por los deponentes, las labores que eran cumplidas por la contratista, las desarrollaba en el laboratorio clínico asignado para tal fin por el establecimiento de sanidad militar dentro de las instalaciones del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda – Tolima. También se informó por los declarantes que la contratista estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo, el cual le era impuesto a todo el personal de planta y contratista del dispensario o establecimiento médico por el oficial jefe de esta unidad médico asistencial del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas.

Con todo lo examinado en las pruebas documentales y lo ofrecido por las declaraciones rendidas, este Despacho llega a la razonable convicción, de que se presentó una relación de **subordinación** entre la contratista Ingrid Paola Gutiérrez Osorio y la entidad contratante, pues como se observó, la primera no contaba con la liberalidad característica en el cumplimiento de sus funciones, ni con la autonomía suficiente para determinar la forma de ejercicio de sus labores, sino que, como quedó decantado, aquella se encontraba sometida a las órdenes o delegaciones que le eran asignadas por el oficial jefe del dispensario médico y la bacterióloga del laboratorio clínico, labores que cumplía en las instalaciones y con los implementos que le ofrecía la misma entidad y respecto de lo cual también debían de rendir los respectivos informes de resultados o anomalías, haciéndose incluso responsables de los elementos del laboratorio y si bien en los contratos se estableció que esta debía acatar las instrucciones que le impartiera el supervisor del contrato, lo cierto es que el “supervisor” el Director del Dispensario Médico, desdibujándose aún más la figura del contrato de prestación de servicios, por cuanto finalmente en el desarrollo de sus labores diarias ejecutadas por la contratista, el Director o Jefe del Dispensario Médico pasaba a fungir como un jefe directo, el cual según el decir de los testigos, se desempeñaba como el jefe directo de todo el personal del dispensario médico, siendo quien incluso establecía los horarios de todo el personal inscrito a tal establecimiento de sanidad militar. Así pues, a juicio de esta Instancia, se desnaturaliza cualquier clase de coordinación o de relación meramente contractual, abriéndose paso el descubrimiento de un vínculo de índole laboral entre contratante y contratista, caracterizado por el ejercicio de una actividad subordinada del contratista respecto de lo dispuesto por la entidad contratante.

Con lo dicho en líneas que anteceden, y habiéndose verificado la concurrencia de los elementos ya precitados, no cabe duda que lo que se enmascaró bajo un nexo de carácter contractual, llevó oculto un vínculo de naturaleza y características laborales y así se declarará.

5. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.

Si bien la parte demandada Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional no propuso la excepción de prescripción, el Despacho de oficio realizará el respectivo pronunciamiento sobre el tema.

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales, al ser reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, **estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva**

obligación se hizo exigible.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida dentro del expediente Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, señaló con relación a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, lo siguiente:

"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 hechos 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 incidencia 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).

(...)

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)".

Al descender sobre el análisis del asunto sometido a escrutinio de esta Jurisdicción, de la documental arrimada se avizora: **1ro.** Que la accionante adelantó reclamación administrativa ante la entidad demandada el 21 de junio de 2017 y la reiteró el 23 de noviembre de 2017 (Fis. 184, 191, 198, 204 y 216); y **2do.** Que no se presentó una interrupción superior a un mes entre uno y otro contrato y que al haber finalizado la relación contractual el 15 de diciembre de 2015, no transcurrió entre la terminación del vínculo contractual y la reclamación, el lapso de 3 años que exige la norma, de tal forma que hay mérito para reconocer en cuanto a emolumentos prestacionales laborales, aquellos correspondientes a los contratos suscritos entre el 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015, al no presentarse solución de continuidad, y no haber operado el fenómeno de

prescripción trienal en el presente asunto.

6. DE LAS CONDENAS EN CONCRETO.

En la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, respecto a las prestaciones sociales, se indicó:

“El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (...)”

Con fines de unificación, se indicó en el referido fallo:

“...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.”

Lo anterior permite concluir que en los casos en los que se demuestra la existencia del contrato realidad, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales, correspondiendo hacer la liquidación con base en los honorarios pactados.

Respecto de los aportes para pensión, la Máxima Corporación señaló en sentencia posterior:

“En cuanto a los aportes para pensión, la Sala precisa que la entidad deberá calcular el ingreso base de cotización con base en los honorarios pactados para la época en que el actor prestó sus servicios y con base en ello, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante 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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ingrid Paola Gutiérrez Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00169-00

diferencia en su contra, tendrá que efectuar los aportes correspondientes."¹⁴

Con fundamento en tales lineamientos, será del caso reconocer la existencia de una relación de naturaleza laboral, por los extremos de **15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015**, como se encontró demostrado en el proceso, sin solución de continuidad.

En consecuencia, se dispondrá la nulidad del acto administrativo demandado contenido en el oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE del 15 de enero de 2018, para en consecuencia ordenar a título de restablecimiento del derecho, que se pague a la demandante las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador y que fueran devengadas por los servidores civiles de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta como salario-base, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, habida cuenta que en la planta de personal de la entidad para aquella época no existía el cargo de Auxiliar de Laboratorio, o al menos no se probó en el plenario, pago que se hará en la proporción correspondiente al periodo comprendido del **15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015**.

Precisándose además en cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, dado su carácter de imprescriptibles, que sobre los mismos habrá lugar a su reconocimiento entre el **15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015**, y para lo que la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional de la demandante, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones por el faltante de dicha diferencia, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para ello, la accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiése hecho o exista diferencia en su contra, deberá la demandante pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

De otra parte y con relación a la indemnización que demanda la activa de la presente litis, por concepto sanción moratoria e intereses sobre las cesantías, se resalta que sobre las mismas no habrá lugar a disponer su reconocimiento, como quiera que la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de la existencia de una relación de carácter laboral, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

7. INDEXACIÓN E INTERESES

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. CP. Dr. Cesar Palomino Cortes. Sentencia de 16 de marzo de 2017. Exp. 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14)

Las sumas resultantes a favor de la demandante, deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a las sumas adeudadas, por la cifra que resulte 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 al momento de causación de cada uno de los haberes adeudados).

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A., y las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del ibídem.

8. CONDENA EN COSTAS

Al resultar prósperas parcialmente las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionante, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018¹⁵, verificando en consecuencia que la parte actora desplegó actividades adicionales a la presentación de la demanda, tales como asistencia de su apoderado a la audiencia inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos, razón por la cual se fija la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1.300.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio No. 047 – MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COLOG-DIADQ-CADCO-CENACIBAGUE del 15 de enero de 2018 por el cual se negó la totalidad de las reclamaciones administrativas efectuadas por la demandante.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ingrid Paola Gutiérrez Osorio
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Radicación: 73001-33-33-003-2018-00169-00

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de un contrato realidad de carácter laboral entre la señora Ingrid Paola Gutiérrez Osorio y la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, desde el 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y pagar a favor de la demandante Ingrid Paola Gutiérrez Osorio, las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores civiles de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta como salario base, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, en la proporción correspondiente al periodo comprendido del **15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015.**

CUARTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer y pagar a la demandante, la cuota parte que el empleador dejó de trasladar a las entidades de seguridad social - Fondo de Pensiones, por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2013 al 15 de diciembre de 2015, y para lo que la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional de la demandante, el pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para ello, la accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiese hecho o exista diferencia en su contra, deberá la demandante pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO: DENEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

SEXTO: ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, que pague las sumas ordenadas, debidamente indexadas, conforme a la fórmula citada en la parte considerativa.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la parte vencida NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, fijando para ello como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1.300.000) a favor de la parte demandante. Por Secretaría liquídense.

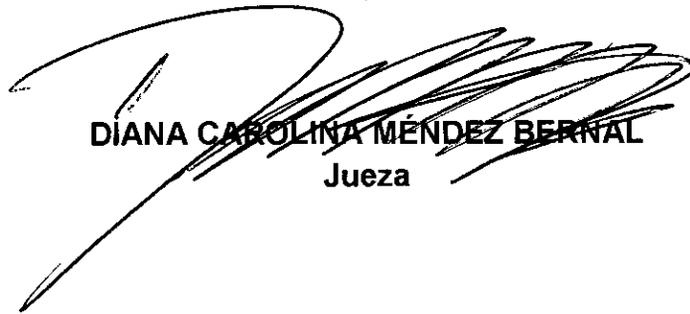
OCTAVO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

DÉCIMO: Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza