



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, **14 DIC 2018**

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARY LUZ TORRES MERCHAN
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2016-00159-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA EJÉRCITO NACIONAL**, con el propósito de obtener la nulidad del oficio No 0285 MDN-CGFM-CE-DIVO2-BR1-CENAC del 18 de abril de 2016 suscrito por el Director del Establecimiento Militar BASPC No. 1 que negó las peticiones elevadas por la demandante.

Y como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que existió un contrato o relación de trabajo entre la entidad demandada y la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, la cual, perduró entre el 1 de agosto de 2003 y el 15 de junio de 2015 desempeñándose como **MEDICO GENERAL** en el BATALLON A.S.P.C NÚMERO 1 "CACIQUE TUNDAMA" con sede en Tunja.

Que se reconozca, liquide y ordene pagar a la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHAN** una indemnización equivalente al valor de la diferencia de los derechos salariales y prestacionales a que tenía derecho durante el tiempo en que cobró vigencia la relación de trabajo, en particular; salarios y/o diferencias salariales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de todo orden, horas extras con sus recargos correspondientes, dominicales, festivos, y bonificaciones, teniendo en cuenta lo percibido por los empleados de planta en un cargo equivalente y vigente para la época en que se desarrolló el vínculo.

Se ordene el reintegro y pago en favor de la demandante de los dineros que tuvo que cancelar por concepto de salud, pensión, riesgos profesionales, parafiscales y retenciones en la fuente desde el 1 de Agosto de 2003 y hasta el 15 de Junio de 2015, tomando como base el valor del salario pagado en cargos análogos.

Se ordene el reintegro y pago a favor de la demandante de los dineros cancelados por concepto primas y pólizas de cumplimiento de los contratos suscritos entre el 1 de Agosto de 2003 y el 15 de Junio de 2015.

Se condene a la entidad demandada a pagar la indemnización de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el art. 5 de la ley 1071 de 2006, desde el 15 de Junio de 2015 hasta el día en que ocurra el pago real y material de las cesantías definitivas adeudadas a favor de la demandante.

Se declare que para efectos salariales, prestacionales y laborales no existió solución de continuidad durante el lapso de tiempo de la prestación personal del servicio por parte de la demandante.

Se ordene que la sentencia que se profiera se cumpla en los términos indicados en el CPACA., y por tratarse de condenas de tracto sucesivo, la fórmula correspondiente se aplique separadamente, mes por mes para cada derecho reconocido y se condene en costas a la entidad demandada.

1.3. Fundamentos fácticos

La señora **LUZ TORRES MERCHÁN** fue contratada por **la NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA — DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL** para prestar sus servicios personales como **MÉDICA GENERAL** en el **BATALLÓN A.S.P.C. NÚMERO 1. — CACIQUE TUNDAMA** en la ciudad de Tunja desde el día 1 de Agosto de 2003 y hasta el 15 de Junio de 2015.

La vinculación se efectuó mediante sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales.

A la demandante le asignaron y ejecutó de forma personal e ininterrumpida labores de **MÉDICO GENERAL** según los turnos fijados por la jefatura del dispensario médico, de lunes a viernes de 7 am a 12 m (5 horas) y, 4 turnos nocturnos en promedio al mes entre las 7 pm y las 7 am (los días Sábado, Domingo y festivos (12 horas), así mismo, debía estar disponible 24 horas en caso de urgencia.

Se refiere que la demandante en el desarrollo de las actividades no contaba con autonomía, y las órdenes de prestación de servicios fueron reiteradamente renovadas, lo cual desvirtúa su carácter temporal, limitado e indispensable, máxime cuando las funciones se enfocaban a satisfacer necesidades propias y permanentes de la administración.

Se señala que la contratación de la demandante mediante prestación de servicios, tenía la finalidad de aprovechar sus servicios de manera ilimitada y evadir el pago de los derechos salariales y prestacionales, en cuanto éste tipo de contratos no generan relación laboral, siendo en realidad una verdadera relación laboral.

Los referidos contratos de prestación de servicios buscaban satisfacer necesidades propias y permanentes de la administración, por lo cual, la trabajadora tiene derecho al pago de los derechos salariales y prestacionales fijados a favor de los trabajadores de planta del **BATALLÓN A.S.P.C. NÚMERO 1. - CACIQUE TUNDAMA** que cumplían la misma labor que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**.

El 15 de junio de 2015, se le notificó a la demandante que no se renovaba la orden de prestación de servicios, terminando la relación de trabajo sin mediar justificación.

Se manifiesta que al existir una verdadera relación de trabajo, la demandante NO se encontraba obligada a pagar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, parafiscales, las pólizas únicas de cumplimiento fijadas en los contratos, ni retenciones de ningún tipo.

El pasado 8 de enero de 2016, la demandante elevó solicitud ante la **NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA** para efectos de que le fueran canceladas las prestaciones sociales a que tenía derecho por la prestación del servicio antes referido, junto con los pagos y retenciones que se le habían efectuado.

La NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA mediante el Oficio Nro. 0285 MDN — CGFM — CE — DIV02 — BR1 — CENAC del 18 de Abril de 2016 (recibido por correo certificado el 21 de abril de 2016), suscrito por el Capitán JAVIER RODRÍGUEZ APONTE, como Director del Establecimiento de Sanidad Militar BASPC Nro. 1 de Tarja, **NEGÓ** la reclamación solicitada.

La demandante durante el tiempo que prestó sus servicios se desempeñó con eficiencia, responsabilidad, decoro, honestidad, colaboración, entusiasmo y lealtad con la entidad y sus empleados y, jamás fue sancionada por el servicio prestado.

En el presente asunto se agotó el trámite conciliatorio, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a efectos de obtener la nulidad del acto administrativo por medio del cual la entidad demandada negó las reclamaciones de la actora y obtener el restablecimiento cabal e íntegro de sus derechos.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

Como normas que fundamentan las pretensiones invoca los artículos 1,2,6,13,25,29,53,83,121,122,123 y 209 de la Constitución Política, así mismo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el artículo 7 del Decreto Ley 1950 de 1973.

Refiere que existe **violación del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968 modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968, el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002**, debido a que la administración publica en el presente asunto está cumpliendo funciones permanentes que le son propias y debe atender con personas que integran la función pública utilizando la contratación estatal, la cual, no está implementada para tal fin.

Manifiesta que se presenta **violación de los artículos 1,2,3,4 de la Ley 244 de 1995, subrogados por la ley 1071 de 2006, por falta de aplicación**, pues la demandada se encontraba obligada a pagar cesantías definitivas a la demandante en la fecha de terminación de la relación de trabajo y al no haberse efectuado, a título de indemnización debe pagar en favor de la accionante desde el 15 de junio de 2015 y hasta cuando se verifique su pago un día de salario por cada día de retardo.

Agrega, que existe **desviación de poder** teniendo en cuenta que la demandada al contratar a la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** mediante sucesivas órdenes de prestación de servicios utilizaron dicho tipo de contratación para evadir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales derivados de la relación laboral que perduro entre el 1 de agosto de 2003 y el 15 de junio del 2015.

II.

TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión y etapas del proceso

La demanda fue admitida con providencia del 26 de enero de 2017 (fls. 126 y siguientes) y una vez notificada, la entidad accionada dio contestación a la misma como se advierte a folio 138 y siguientes).

Posteriormente mediante auto del 27 de julio de 2017 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl.163).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 29 de agosto de 2017, según consta en el acta que reposa en el expediente a folios 171 y siguientes, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día 27 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (fls 211 y siguientes), diligencia que se suspendió y reanudo el 4 de mayo de 2018 (fls. 285 y ss) incorporando todas las pruebas, y dándose por finalizada la etapa probatoria, disponiéndose la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, la apoderada de la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que carecen de fundamentos facticos y jurídicos al no existir relación laboral, pues, los servicios fueron prestados en la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, lo cual, no genera pago de acreencias laborales diferentes a los honorarios pactados y que fueron cancelados.

En relación con los hechos, dijo que unos eran ciertos y los otros no, que la demandante se desempeñó como **MEDICO GENERAL** de la **Dirección de Sanidad del Ejercito BATALLON DE A.S.P.C No. 1 "CACIQUE TUNDAMA"** de conformidad con los contratos de prestación de servicios suscritos por ella, sin que hubiere sido contratada para los años 2005 y 2009.

Así mismo, refiere que a la demandante no le impusieron horarios de acuerdo con la modalidad de contratación, la cual, es libre para agendar las diferentes actividades, no obstante siempre existió coordinación con la finalidad de dar una correcta prestación del servicio de salud, de acuerdo a la propuesta de prestación de servicios presentada por la demandante.

En desarrollo de contrato la demandante sólo debía presentar informes al supervisor del contrato.

Señala que la demandante mediante escrito del 9 de diciembre de 2008 expresó que no continuaba el vínculo contractual con la demandada, en los siguientes términos "*no continuar*

contratando con ustedes mis servicios como médico el próximo año. Culminare el contrato actual con todas las ganas, dedicación y responsabilidad que me exige mi labor en el dispensario y agradeciéndoles de todo corazón haberme permitido servir por los últimos tres años a tan honorable y prestigiosa institución”(fl. 139).

La desvinculación de la accionante con la entidad demandada obedeció al cumplimiento del término de ejecución del contrato.

Como medio de defensa formuló las excepciones de mérito que tituló “inexistencia de la relación laboral”, “inexistencia de subordinación”, “legalidad de la vinculación contractual con la demandante” y “no vulneración de normas constitucionales ni legales” (fls. 142 a 147).

3. Medios de prueba relevantes allegados al proceso

3.1. Documentales

-Copia de la petición elevada por la demandante ante la NACIÓN — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA, a través de la cual solicita el reconocimiento de una relación laboral y el pago de derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios (fls. 20 a 27).

-Original del Oficio Nro. 0285 MDN CGFM - CE - DIVO2 - BR1 - CENAC del 18 de Abril de 2016, suscrito por el Director del Establecimiento de Sanidad Militar BASPC Nro. 1. (Acto demandado) (fls. 28 a 32).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. AA2D 0732006 suscrito por las partes aquí litigiosas el 1 de agosto de 2006, con una vigencia de **5 meses**, a partir de su suscripción (fls. 33 a 38).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. AA2D 020/2007 suscrito por las partes de este proceso el 12 de febrero de 2007, con una vigencia de **5 meses y 18 días**, a partir de su perfeccionamiento (fls. 39 a 44).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. AA2D 084/2007 celebrado por las partes de este proceso el 14 de agosto de 2007, con una vigencia de **4 meses y 17 días**, a partir de su suscripción (fls. 45 a 49).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. SE37-004-2010 celebrado por las partes del proceso, con vigencia entre **el 5 de enero y hasta el 30 de junio del 2010** (fls. 51 a 55).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. SE37-C010-2011 celebrado por las partes procesales el 11 de enero del 2011, con una vigencia de **5 meses y 20 días**, a partir de su suscripción (hasta el 30 de junio de 2011) (fls. 56 a 61).

-Copia de la adición del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. SE37-C010-2011 celebrado por las partes procesales el 23 de junio del 2011, con una vigencia de **60 días, a partir del plazo inicial y hasta el 30 de agosto de 2011** (fls. 62 y 63).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. SE37-C05-2012 celebrado por las partes procesales **entre el 10 de enero al 31 de diciembre del 2012** (fls. 64 a 74).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión No. SE37-C09-2013 MDN-CGFM-DGSM-DISAN-ESM 5041 suscrito por las partes aquí litigiosas **el 14 de enero del 2013 con una vigencia de once meses y 15 días contados a partir de la aprobación de la garantía única y la expedición del registro presupuestal** (fls. 75 a 82).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión No. SE37-C09-2014 MDN-CGFM-DGSM-DISAN-ESM celebrado por las partes aquí litigiosas **el 15 de enero del 2014 con una vigencia de seis meses contados a partir de la legalización del contrato** (fls. 83 a 88).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión No. SE37-C118-2014 MDN-CGFM-DGSM-DISAN-ESM suscrito por las partes de este proceso el 16 de julio del 2014 **con vigencia entre el 16 de julio del 2014 y el 31 de diciembre del 2014** (fls. 90 a 93).

-Copia del Contrato de Prestación de Servicios de Apoyo a la Gestión No. SE37-C06-2015 MDN-CGFM-DGSM-DISAN-ESM suscrito por las partes del proceso el 14 de enero del 2015 **con vigencia de cinco meses, sin que se extienda su cumplimiento más allá del 16 de junio del 2015** (fls. 94 a 99).

-Certificación laboral del 12 de noviembre de 2004 suscrita por el Oficial de Sanidad del BASPC No. 1 donde consta que la demandante está contratada por prestación de servicios desde hace más de 18 meses (fl. 100).

-Documento del 21 de diciembre 2011, donde constan los contratos celebrados por la demandante en favor de la entidad demandada hasta dicha fecha (fl. 101).

-Copia del Oficio No. 308 MDN-CGFM-CE-DIV02-BR1-BASPC1-ESM5041-GESCAL del 4 de marzo del 2013, dirigido a profesionales médicos, odontólogos y enfermeros; por medio del cual, la entidad demandada da recomendaciones para el diligenciamiento de la formula médica (fl. 102).

-Copia del Oficio No. 927 MDN-CGFM-CE-DIV02-BR1-BASPC1-ESM5041-AUDITORIA del 17 de febrero del 2014, dirigido a OPS. PROFESIONALES AREA ASISTENCIAL DEL ESM BASPCNo.1; por medio del cual, la entidad demandada da recomendaciones referencia de Pacientes Red Externa y HOSMIL (fl. 103).

-Copia del Oficio No. 1209 MDN-CGFM-CE-DIV02-BR1-BASPC1-ESM5041-AUDITORIA del 03 de abril del 2014, dirigido a OPS. PROFESIONALES AREA ASISTENCIAL DEL ESM BASPCNo.1; por medio del cual, la entidad demandada da recomendaciones Formulación y Diligenciamiento Formula Medica (fl. 104).

-Copia del radicado No. CGFM-DGSM-SS-GRRED-C-075/2012-29.57, dirigido a Directores de sanidad para que tomen las medidas tendientes a que el personal de profesionales de la salud con capacidad de formular, ajusten su formulación al acuerdo No. 052/2013 (fl. 105).

-Copia del radicado No. 20148550215313/MDN-CGFM-CE-JEM-JEDEH-DISAN-SUBCIEN-SF-9999, del 3 de febrero del 2014 dirigido a las unidades operativas menores –Unidades Tácticas-Hospitales Militares-Establecimientos de Sanidad Militar-Audidores de Medicamentos, sobre prescripción Farmacéutica (fl. 106).

-Copia del Oficio No. 1215 MDN-CGFM-CE-DIV02-BR1-BASPC1-ESM5041-AUDITORIA del 03 de abril del 2014, dirigido a OPS. PROFESIONALES AREA ASISTENCIAL USUARIOS INTERNOS DEL LABORATORIO CLINICO DEL ESM BASPCNo.1; por medio del cual, la entidad demandada da recomendaciones sobre el uso racional de pruebas diagnósticas del laboratorio (fl. 107).

-Oficio contentivo de la PROGRAMACIÓN CONSULTA Y URGENCIAS MÉDICOS BAS noviembre de 2008, donde se consigna el nombre de la demandante (fl. 108).

-Oficio que contiene los turnos médicos de julio de 2011, encontrándose el nombre de la accionante (fl. 109).

-Oficio que contiene los turnos médicos de marzo del 2013, registrándose el nombre de la accionante (fl. 110).

-Oficio en el cual se registra la productividad de la demandante en el periodo de mayo 21 a junio 20 del 2007 (fl. 111).

-Copias de pólizas de seguro de cumplimiento de entidades estatales, en las cuales se consigna como afianzado el nombre de la demandante (fls. 112 a 117).

-Copia de oficio de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional que contiene los requisitos y documentos exigidos para celebrar contratos de prestación de servicios (fl. 118).

-Copia de los documentos que acreditan la tramitación de conciliación extrajudicial ante la PROCURADURÍA 67 JUDICIAL 1 PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE TUNJA (fls. 119 a 122).

-Copia de liquidación de prestaciones sociales de los años 2012 a 2015 realizada por la parte demandante (fl. 123 a 124).

-Oficio del 13 de septiembre del 2017, expedido por **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS**, mediante el cual informa que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** presenta afiliación al Fondo de Pensiones obligatorias de dicha entidad, desde el 1 de octubre del 2009 y allega copia de la historia laboral (fls. 190 a 192 y 199 a 206).

-Certificación expedida por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en la cual señala los periodos en los cuales se encuentra afiliada a riesgos laborales la demandante (fls. 193 a 198).

-Oficio con radicación No. 16955 del 9 de octubre del 2017 expedido por el subdirector Administrativo y Financiero de la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR**, allegando copia del acto administrativo que fijó la planta de cargos para el nivel profesional (médicos generales), decreto que adopta el manual de funciones para el nivel profesional (médicos generales) (fls. 220 a 225 y 234 a 243).

-Certificación laboral expedida por parte de SOLUCIONES OUTSOURCING B.P.O. SAS señalando que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** labora en la CORPORACION IPS BOYACA desde el 10 de agosto del 2011, con contrato de trabajo a término indefinido (fls. 226 a 227).

-Oficio No. 1165 del 23 de noviembre del 2017 expedido el **BATALLON ASPC No. 1 "CACIQUE TUNDAMA"** acompañado de los certificados de retención en la fuente de la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** en el periodo del 2011 al 2015 (fls. 250 a 261).

-Oficio del 19 de octubre del 2017 expedido por la **DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL** que contiene el porcentaje de productividad de la profesional **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** en el periodo del 2010 al 2015 (fl. 262).

-Oficio del 24 de octubre del 2017 expedido por parte de **CAFESALUD EPS**, señalando que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** estuvo afiliada como cotizante en **SALUCCOP EPS**, desde el 3 de enero del 2001 al 30 de noviembre del 2015 y desde dicha fecha en **CAFESALUD EPS** hasta el 31 de julio del 2017, con los reportes allí consignados por conceptos de afiliaciones (fls. 263 a 268).

-Oficio No. 23054 del 28 de diciembre del 2018 expedido por la **DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR** acompañado de la información sobre emolumentos salariales que devenga un médico general de la Planta de dicha entidad de acuerdo a su perfil profesional para los años del 2003 al 2015, al servicio del EJERCITO NACIONAL (fls. 271 a 274).

-Oficio del 5 de diciembre del 2017 procedente del **EJÉRCITO NACIONAL** mediante el cual se indica que no se evidencia ningún pago por concepto de retención en la fuente por las vigencias solicitadas (2003 al 2015) respecto de la demandante, sin embargo se anexa constancia de los pagos efectuados en su favor (fl. 275 a 279).

-Copia de expediente administrativo allegado por el **BATALLON ASPC No. 1 "CACIQUE TUNDAMA"**, el cual contiene copia de la hoja de vida de la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN**, así mismo constan los contratos celebrados, copia del acta de liquidación y otra serie de documentos que dan cuenta de la prestación del servicio (CP¹-No. 1 con 1241 folios).

- Oficio No. 0724 procedente del **BATALLON ASPC No. 1 "CACIQUE TUNDAMA"** del 20 de septiembre del 2017 mediante el cual se da respuesta al oficio No. 651² mediante el cual se solicitan unas pruebas ordenadas en la audiencia inicial adelantada el 29 de agosto del 2017, el cual, se encuentra acompañado de una serie de documentos originados en el vínculo contractual existente entre las partes aquí litigiosas (CP³-No. 2 con 163 folios).

3.2. Testimonial

Se decretaron y recepcionaron las declaraciones de los señores **LILIANA SALAZAR WILCHES, MIRYAM ROSARIO ALEMÁN, y LUZ MARINA CARO.**

¹ Cuaderno de Pruebas

² Consta a folio 167, por medio del cual se solicita una serie de información a la accionada en cumplimiento a lo ordenado en la audiencia inicial adelantada el 29 de agosto del 2017 (fls. 171 y ss).

³ Cuaderno de Pruebas

4. Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas a que se refieren los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 las partes presentaron sus alegatos de conclusión así:

2.4.1. Parte demandante

El apoderado que representa la demandante de forma oportuna radicó sus alegaciones, las cuales presenta en dos enfoques: el primero haciendo referencia a la existencia de los elementos probatorios que advierten la desconfiguración y desnaturalización de los diferentes contratos de prestación de servicios profesionales celebrados entre las partes; y el segundo relacionado con la valoración de los elementos probatorios que permiten concluir la existencia de una verdadera relación laboral o de trabajo.

Frente al primer ítem señala que la entidad demandada suscribió con la demandante contratos de prestación de servicios profesionales para cumplir funciones ordinarias, propias, permanentes y misionales de la entidad, de manera cotidiana y sin ningún tipo de autonomía o independencia por parte de la contratista, constituyéndose en el medio utilizado por la entidad demandada para disfrazar una verdadera relación laboral tendiente a evadir el pago de derechos, seguidamente hace énfasis en que la demandante ejecutó labores ordinarias, propias y permanentes de la entidad –misionales del servicio público de salud prestado en el sistema de salud del Ejército Nacional, la permanencia indefinida de la demandante y que los contratos se constituyeron de carácter permanente.

Sumado a lo anterior, hace énfasis en la prestación personal del servicio, la remuneración o contraprestación, la continuada subordinación y dependencia de la demandante a la entidad demandada, la presencia de jefes superiores en la ejecución de las funciones contratadas, la prestación del servicio en un mismo sitio o lugar de trabajo y en la misma área de sanidad, la presencia de un horario de trabajo y su obligatorio cumplimiento, y la asistencia obligatoria a consultas y actividades según la agenda previamente asignada, idénticos objetos contractuales y la ejecución de funciones a la del personal de planta.

Finaliza señalando que de acuerdo a los argumentos expuestos y las pruebas recaudadas se desvirtuó la legalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes aquí litigiosas, por lo cual debe prevalecer el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, debiéndose acceder integralmente a las pretensiones de la demanda (fls. 287 a 299).

2.4.2. La Parte demandada y el Ministerio público

Por su parte la entidad demandada y el Ministerio Público no hicieron pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procede a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Problema Jurídico

En el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el acto administrativo contenido en el oficio No. 0285 MDN-CGFM-CE-DIVO2-BR1-CENAC del 18 de abril de 2016, expedido por el Director del **ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR BASC Nro. 1** mediante cual se NEGÓ las peticiones presentadas por la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN**, está incurso en alguna de las causales de nulidad invocadas por la parte demandante. Así mismo, si hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad demandada, y como consecuencia, acceder al reconocimiento liquidación y pago de los derechos salariales y el reembolso de dineros solicitados en el periodo comprendido entre el 1 de agosto del 2003 y el 15 de junio del 2015.

La parte demandante esbozó como tesis argumentativa que el acto administrativo a través del cual se negó la existencia de la relación laboral con la entidad demandada esta incurso en las causales de nulidad de violación de la constitución y la ley, y desviación de poder, teniendo en cuenta que se presentan los tres elementos requeridos para su existencia de una relación laboral, tal y como expuso en la demanda de folios 13 a 17.

La entidad demandada contestó la demanda señalando que las pretensiones carecen de fundamentos facticos y jurídicos al no existir relación laboral, pues, los servicios fueron prestados en la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, los cuales, no generan pago de acreencias laborales diferentes a los honorarios pactados, los cuales fueron cancelados.

Igualmente, refiere que no le fueron impuestos horarios a la demandante, pues de acuerdo con la modalidad de contratación son libres de agendar las diferentes actividades, sin embargo siempre existió coordinación con la finalidad de dar una correcta prestación del servicio de salud, y de acuerdo a la propuesta de prestación de servicios presentada.

El Despacho resolverá la litis accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda por encontrar acreditados los hechos permitiendo vislumbrar que el acto administrativo demandado se profirió con vicios de nulidad como lo aduce la parte demandante.

Para abordar el estudio del problema jurídico planteado, el análisis que efectuará el Despacho tendrá en cuenta: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral; **(ii)** La primacía de la realidad sobre las formalidades; **(iii)** Reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos; **(iv)** Limitaciones a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios; **(v)** Solución judicial a la inadecuada utilización del contrato de prestación de servicios; **(vi)** Efectos del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad; **vii)** Sanción Moratoria por pago extemporáneo de cesantías; y **viii)** Caso concreto.

3.2. Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

3.2.1. De la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral

La Corte Constitucional en sentencia C – 614 del 2 de septiembre de 2009, presentó la definición tanto de contrato laboral como la de contrato de prestación de servicios y, frente al primero señaló que correspondía a aquel por el que una persona natural se obligaba a

prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración, estableciéndose como elementos del mismo: **(i)** la prestación de servicios de manera personal, **(ii)** la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, **(iii)** la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario.

Ahora, en relación con el contrato de prestación de servicios indicó que éste consiste en un contrato estatal que suscriben las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, el cual sólo puede celebrarse con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que se genere relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.

Así, estableció que en este tipo de contratos la relación contractual está regida por la Ley 80 de 1993 y se configura cuando: **(i)** se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, **(ii)** no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, **(iii)** se acuerde un valor por honorarios prestados y, **(iv)** la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Conforme a lo hasta aquí expuesto se logra colegir que el contrato de prestación de servicios se diferencia con el contrato laboral, básicamente en que en éste se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada⁴.

3.2.2. De la primacía de la realidad sobre las formalidades

La primacía de la realidad sobre las formas hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁵ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero **contrato laboral**.

Así, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, cuando se celebren contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral, el efecto normativo y garantizador del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales –Art 25 CP-, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. Alfonso María Vargas Rincón, Ref. 81001-23-33-000-2012-00066-01(1013-14), sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015).

⁵ **“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.”

apariencias que hayan querido ocultarla, el cual puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Frente al tema el Consejo de Estado entre otros pronunciamientos, en sentencia del 13 de mayo de 2015⁶ expresa que para reconocerse un vínculo laboral entre las partes, acreditando la existencia de un contrato realidad, es del caso demostrar fehacientemente la presencia de los tres elementos que la componen, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador, 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.

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado⁷ señaló que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Con base en lo anterior, se logra determinar que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin que tenga derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Igualmente, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo -Art. 53 C.P.-

Así las cosas, deben revisarse en cada caso las condiciones en las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer con el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso⁸.

3.2.3. Reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II, de la función pública, consignó 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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez Ref. 680012331000200900636 01 Número Interno: 1230-2014, sentencia del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Velez. Rad. 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15), sentencia del 04 de febrero de 2016.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. Alfonso María Vargas Rincón, Ref. 81001-23-33-000-2012-00066-01(1013-14), sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015).

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 a lo expuesto, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculación con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, como son: 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).

En este orden, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, el cual se encuentra vigente, dispuso:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones (...)"

La parte resaltada fue declarada exequible mediante sentencia C-614 de 2009 la cual, tuvo en cuenta para su decisión, entre otros criterios, la permanencia como un elemento que indica la existencia de una verdadera relación laboral; adicionalmente, destacó las reglas de especial protección constitucional de la relación laboral de los servidores públicos, de la siguiente manera:

"i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), **ii)** la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), **iii)** el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público⁹ que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), **iv)** el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus

⁹ El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: "El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado"

emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros)”.

En esta providencia se indicó que dichas reglas constituyen criterios imperativos que limitan al Legislador en su labor de regulación, y de las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución Política.

3.2.4. Limitaciones a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios

La utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de ninguna manera puede constituirse en un instrumento para desconocer derechos laborales y conforme a ello, en aras de salvaguardar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al artículo 53 constitucional que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando **(i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados;** lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública.

En ese orden de ideas, aunque la ley ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la norma que lo regula, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7¹⁰ del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002¹¹ y la Ley 734 de 2002¹², que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionar al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

¹⁰ "(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad" (resaltado fuera de texto).

¹¹ "ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública" (se subraya).

¹² El artículo 48 establece como falta gravísima: "29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

De otro lado, la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."* creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

"Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos."

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

En este orden, se considera que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y velan una verdadera relación de trabajo.

3.2.5. Solución judicial a la inadecuada utilización del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado han concurrido a principios constitucionales en la solución de las controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de beneficios prestacionales.

Así las cosas, cuando los contratos de prestación de servicios resultan desvirtuados en sus elementos esenciales, corresponde 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 al cargo de empleado público, acerca de la protección del derecho al trabajo, sin reparar la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el propósito de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Entre otras, en sentencia del 18 de noviembre de 2003¹³, 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 que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". Sin embargo, pasado el tiempo en sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009¹⁴, la Sección Segunda determinó que aquella pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral, se requiere que la parte actora 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 imponer reglamentos, la cual debe mantenerse durante todo el periodo de duración del vínculo.

Sumado a las exigencias legales citadas, corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la igualdad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,¹⁵ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Así mismo, y sin perjuicio que pueda declararse la existencia de la relación laboral y se reconozcan derechos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios disfrazando una verdadera relación laboral; se insiste en este punto, que **por el hecho de haber estado 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 el Consejo de Estado.

3.2.6. Efectos del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad. (Sentencia de Unificación SU2 No.005/16)

El Honorable Consejo de Estado en la sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-16- SUJ2 No.005/16 con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter señaló que 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"*.

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento "subordinación" para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. Para ello, discernió de la siguiente forma:

"[...] 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 disfrazó 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, 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.

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.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues

en virtud del artículo 138 del CPACA "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

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, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén"

La Alta Corporación en la sentencia en cita estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señaló 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).

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

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

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

viii) 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.

xi)) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conceder la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."*¹⁶

Pues para que ello suceda, se requiere, la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas regularmente, que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, así como el acto de nombramiento y su correspondiente posesión.

En razón a lo expuesto, es claro que si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se demuestra la existencia de una verdadera relación laboral es apenas consecuencial que produzca plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación¹⁷. Así mismo, con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que deben al declararse una relación de carácter laboral, se acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas ya sea directamente el empleador o el sistema de seguridad social.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son; las primas, las cesantías; ahora las que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social encontramos; 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.

¹⁶ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹⁷ Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. No 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3047-2005). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

*"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la 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".*¹⁸

De acuerdo a 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, por regla general la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

3.2.7. Sanción Moratoria por pago extemporáneo de cesantías

La ley 244 de 1995¹⁹ "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones", establece el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de las cesantías definitivas o parciales, así:

Artículo 10.²⁰ Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo. (Subrayado fuera de texto)

¹⁸ Ibídem

¹⁹ La Ley 1071 de 2006, adiciona y modifica la Ley 244 de 1995.

²⁰ Subrogado por el artículo 4º de la ley 1071 de 2006.

Una vez proferida la resolución de liquidación de cesantías, el artículo segundo de la norma en cita, establece el término dentro del cual se deberá efectuar el pago:

Artículo 2º²¹ La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. (Subrayado fuera de texto)

Ahora, en caso de incumplimiento por parte de la administración en el pago de las cesantías, el párrafo del artículo segundo de la referida ley, dispone:

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006²², "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995", estableció como destinatarios a ella:

"Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

De las disposiciones en cita queda claro que, en cuanto a la reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales, se establece la obligación por parte de la administración de expedir de forma expedita la resolución, y de efectuar el pago oportuno que a ello corresponda; so pena del pago de sanción moratoria por su retardo.

4. Caso concreto:

La señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN**, a través de apoderado refiere que estuvo vinculada con la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA-BATALLON A.S.P.C NÚMERO 1.- CACIQUE TUNDAMA**, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales como **MÉDICA GENERAL entre el 1 de agosto de 2003 y el 15 de junio del 2015**, pero que en realidad lo que existió fue una verdadera relación laboral, por lo cual solicita el pago de una indemnización equivalente al valor de la diferencia salarial y prestacional durante el tiempo en que cobró vigencia la relación de trabajo, en particular; salarios y/o diferencias salariales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de todo orden, horas extras con sus recargos correspondientes, dominicales, festivos, y bonificaciones, teniendo en cuenta lo percibido por los empleados de planta en un cargo equivalente y vigente para la época en que se desarrolló el vínculo. Sumado a ello, que se le reintegre y

²¹ Subrogado por el artículo 5o. de la ley 1071 de 2006.

²² "... los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro".

paguen los dineros cancelados por concepto de salud, pensión, riesgos profesionales, parafiscales, retenciones en la fuente, primas, pólizas de cumplimiento de los contratos. Así mismo, que se pague en su favor la indemnización moratoria de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el art. 5 de la ley 1071 de 2006.

Por su parte, la entidad demandada señaló que la demandante se desempeñó como **MEDICO GENERAL** de la **Dirección de Sanidad del Ejército BATALLON DE A.S.P.C No. 1“CACIQUE TUNDAMA”** de conformidad con los contratos de prestación de servicios suscritos, y que no fue contratada para los años 2005 y 2009. Así mismo, refirió que no le impusieron horario de acuerdo con la modalidad de contratación, siendo libre para agendar las diferentes actividades, no obstante siempre existió coordinación con la finalidad de obtener una correcta prestación del servicio de salud, de acuerdo a la propuesta de servicios presentada por la demandante. Por lo anterior, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no existió relación laboral, pues, los servicios se efectuaron en la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, lo cual, no genera pago de acreencias laborales diferentes a los honorarios pactados, los cuales fueron debidamente cancelados.

Ahora bien, a fin de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho comenzará por establecer con el material probatorio allegado al expediente, si la parte demandante demostró los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral y de manera especial, la subordinación como requisito indispensable para su configuración o si en su defecto, lo que existió fue una relación eminentemente contractual conforme al numeral 3º del artículo 32 y 14 de la Ley 80 de 1993, sin derecho a prestación alguna. Para ello, se analizarán las circunstancias básicas en que se suscribieron las órdenes de prestación de servicios, para luego analizar cada uno de los elementos que componen la relación laboral aplicada al caso concreto.

Así, se encuentra que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** suscribió sendos contratos de prestación de servicios con la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA-BATALLON A.S.P.C NÚMERO 1.- CACIQUE TUNDAMA (fls. 33 a 98 del Cuaderno principal y del 28 al 1172 del cuaderno No. 1 de pruebas)**, así:

No. CONTRATO U ORDEN	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE EJECUCIÓN
No. 286 del 2003 (fls. 28 y ss cuaderno No. 1 de pruebas)	5 meses	\$3.480.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	01/08/2003 al 31/12/2003
No. 05 del 2004 (fls. 57 y ss cuaderno No. 1 de pruebas)	6 meses	\$4.176.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	Del 2 de febrero y el 31 de julio del 2004
No. 200 del 2004 (fls. 85 y ss cuaderno No. 1 de pruebas)	6 meses	\$3.750.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	Del 6 de agosto y el 31 de diciembre del 2004
No. 073 del 2006 y OTRO SI (fls. 33 y ss Cuaderno Principal y folio 119 cuaderno No. 1 de pruebas)	5 meses	\$10.800.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	Del primero de agosto al 31 de diciembre del 2006

No. AA2D 020/2007(fls. 39 y ss Cuaderno Principal y folio 171 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	5 meses y 18 días	\$10.080.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	12 de febrero del 2007 al 31 de julio
No. AA2D 084/2007 (fls. 45 y ss Cuaderno Principal y folio 218 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	4 meses y 17 días	\$8.220.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	14 de agosto al 31 de diciembre del 2007
No. AA2D004/2008 (folio 263 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	12 meses	\$23.760.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	1 de enero al 31 de diciembre del 2008
No. SE37-004-2010 (folio 51 y ss Cuaderno principal y folio 361 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	5 meses 25 días.	\$11.880.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	5 de enero al 30 de junio del 2010
ADICIONAL No.1 folio 439 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	90 días	\$5.940.000		Del 30 de junio al 30 de septiembre del 2010
No. SE37-097-2010 (folio 488 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	90 días	\$7.560.000		Del 1 de octubre hasta el 30 de diciembre del 2010
No. SE37-010-2011 (folio 56 y ss Cuaderno principal y folio 537 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	5 meses 20 días.	\$14.280.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	11 de enero al 30 de junio del 2011
ADICIONAL No.1 folio 554 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	60 días	\$5.040.000		Del 30 de junio al 30 de agosto del 2011
No. SE37-C103-2011 (folio 631 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	3 meses y 15 días	\$6.615.000		Del 20 de septiembre hasta el 30 de diciembre del 2011
No. SE37-C05-2012 (folio 64 y ss Cuaderno principal y folio 692 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	11 meses 20 días	\$24.980.550	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	10 de enero al 31 de diciembre del 2012
No. SE37-C09-2013 (folio 75 y ss Cuaderno principal y folio 843 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	11 meses 15 días	\$27.531.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	18 de enero al 31 de diciembre del 2013
No. SE37-C09-2014 (folio 90 y ss Cuaderno principal y folio 1077 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	6 meses	\$14.364.000	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	16 de enero al 15 de julio del 2014
No. SE37-C09-2014 (folio 83 y ss Cuaderno principal y folio 980 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	5 meses y 15 días	\$13.167.000		16 de julio al 31 de Diciembre del 2014
No. SE37-C06-2015 (folio 94 y ss Cuaderno principal y folio 1167 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	5 meses	\$15.039.250	Prestación de servicios profesionales como MEDICO GENERAL	16 de enero al 16 de junio del 2015

Ahora, se pasa a analizar cada uno de los elementos que componen una relación laboral.

4.2.1. De la prestación personal del servicio

Este elemento hace referencia a que la labor encomendada en el contrato se ejecute por la persona que se comprometió a su realización, en otras palabras, que se realice por sí misma y no por intermediarios.

Al respecto, encuentra el Despacho que la prueba, tanto testimonial, como documental da cuenta que la demandante se desempeñó mediante contratos de prestación de servicios con la entidad accionada como **MEDICO GENERAL**, desarrollando las actividades de forma directa en las instalaciones del **BATALLON A.S.P.C NUMERO 1.- CACIQUE TUNDAMA** en Tunja, dependencia en la cual debía cumplir lo pactado, circunstancia que no fue negada por la entidad demandada y fue corroborada de forma precisa con las declaraciones de las señoras **MARYEN LILIANA SALAZAR WILCHES, LUZ MARINA CARO SOTO y MIRIAM ROSARIO ALEMÁN NOVOA** quienes fungieron en diferentes periodos como compañeras de la demandante, lográndose deducir, que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** desempeñó sus labores de manera directa. Encontrándose acreditado de esta forma el primero de los elementos para la configuración de una relación laboral.

4.2.2. De la remuneración

Respecto a la contraprestación que recibía la demandante a cambio de la prestación del servicio, se observa que en los contratos firmados entre las partes, se consignó un valor y su forma de pago por contraprestación de los servicios anteriormente referidos. A su vez, tanto la demandante como la entidad demandada no tuvieron divergencia en los montos cancelados, tal y como se puede corroborar con la documental allegada a las diligencias y que obra en el cuaderno principal y los 2 cuadernos de pruebas.

Acorde con lo anterior, se logra determinar que el elemento remuneración de la relación laboral, se encuentra presente en este asunto y no fue objeto de divergencia entre las partes.

4.2.3. De la subordinación

Este elemento ha sido configurado por la jurisprudencia existente sobre el tema, como el pilar para demostrar y establecer la existencia de una relación laboral, 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 el imponerle reglamentos, lo cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Para tal efecto, se ha determinado que la misma se presenta cuando el supuesto contratista no actúa de manera independiente sino que está supeditado a órdenes y/o directrices del contratante, lo que en últimas se traduce en no poder realizar la labor contratada con total independencia.

Es preciso aclarar que el deber de probar los elementos esenciales de la relación laboral para su reconocimiento judicial, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, recae en el contratista-parte demandante- (art. 167 CGP)²³, lo anterior obedece a que los contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contemplan una presunción legal como lo hace el artículo 24 del CST, por el contrario, de manera expresa señalan que "en ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales".

²³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez - Rad: 08001-23-33-000-2014-00591-01(3518-15)- Actor: Ana Isabel Arias Llanos- Demandado: Municipio De Baranoa De Fecha 27 De Julio De 2017.

No obstante lo anterior, el Juzgado debe traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado²⁴ en sentencia del año 2010, señalando que el elemento de la subordinación no debe ser sustentado primordialmente en pruebas documentales, pues los demás elementos de prueba, analizados en su conjunto pueden configurar elementos que lleven al Juez a la convicción de su existencia en una determinada situación fáctica materia de conocimiento, en ese orden de ideas la subordinación debe ser extraída del estudio de todos los medios de prueba, desechando los que no conlleven a la certeza del Juez, así se realizará en el presente caso donde se complementan pruebas testimoniales y documentales.

También debe señalarse que si bien se encuentra probado que la demandante durante gran parte del periodo que permaneció vinculada contractualmente con la entidad aquí demandada, de forma simultánea desarrolló relaciones contractuales con otras entidades, tal situación, no es un aspecto que impida una eventual declaratoria de la relación laboral, pues sabido es que la legislación²⁵ colombiana permite la coexistencia de vínculos laborales²⁶, con algunas restricciones que tienen que ver con la imposibilidad de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público - art 128 de la C.P-, regla que no tiene aplicación en el presente asunto, pues las vinculaciones que desarrolló la demandante son de diferente naturaleza al efectuarse con entidades del derecho privado, sumado a que los contratos allegados no contemplan pacto de exclusividad de servicios en favor de la demandada. Además nos encontramos en una relación de prestación de servicios médicos, y según las declaraciones recaudadas en las diligencias se desarrollaron en jornadas de trabajo de 6 horas diarias permitiendo que la demandante cumpliera a cabalidad los dos compromisos contractuales de forma simultánea, lo cual es viable, tal y como lo ha referido el Consejo de Estado de tiempo atrás, en diversos pronunciamientos de similares contornos; basta con citar el fallo del 10 de febrero del 2011²⁷ con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en el cual respecto del horario señaló lo siguiente;

"(...) Puede observarse que el actor estaba sometido a un horario mínimo de 4 horas diarias, que constituían verdaderas jornadas de trabajo. En efecto, dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, la configuración legal del empleo público admite diversas modalidades, que en función de la jornada laboral definen y permiten la existencia de empleos de tiempo completo, de tiempo parcial o de medio tiempo, como lo prescribe el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, el cual señala que las funciones públicas pueden desarrollarse bajo: a) Empleos de tiempo completo, como regla general; y b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

Por su parte el artículo 21 del Decreto 1042 de 1978 aplicable por remisión expresa del numeral 2° del artículo anteriormente citado, define que se entiende por empleos de medio tiempo los que tienen una jornada diaria no inferior a 4 horas cuya remuneración se efectuará en forma proporcional al tiempo laborado, y que repele además la existencia de empleos públicos cuya jornada de trabajo sea inferior a medio tiempo; norma que pese a su derogatoria tácita ocurrida con la expedición

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Sentencia de 22 de julio de 2010. Rad.: 05001-23-31-000-1998-03894-01 (0161-10). Actor: Elkin Darío Cuartas Arias. Demandado: Hospital San Juan de Dios de Segovia – Antioquia.

²⁵ Código Sustantivo del Trabajo -**ART. 26. COEXISTENCIA DE CONTRATOS.** Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más {empleadores}, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo.

²⁶ Sentencia del 29 mayo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral-Rad. 40079- Acta 18 M.p. Carlos Ernesto Molina Monsalve

²⁷ Sentencia del 10 de febrero del 2011 Consejo de Estado- Sala de Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- Rad: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09)- C.P. Gustavo Eduardo Gómez.

de la Ley 4ª de 1992, se encuentra vigente en cuanto a la regulación de la jornada parcial se refiere. (...) (Negrilla fuera del texto)

De lo expuesto se concluye que el contrato de servicios no deja de serlo por el simple hecho de existir también un contrato de trabajo a término indefinido como se certificó en las presentes diligencias por parte de la **CORPORACION IPS BOYACA** (fl. 227), sin embargo le corresponde al Despacho evaluar las circunstancias en que se ejecutó el contrato de servicios para determinar la prosperidad o no de las pretensiones de la demandante respecto a que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad en lugar de uno de servicios y se restablezca el derecho, como seguidamente pasa a estudiarse:

Ahora bien, de las pruebas aportadas se evidencia que la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHÁN** se desempeñó mediante contratos de servicios profesionales como **MEDICO GENERAL** por un tiempo aproximado de 10 años (entre **agosto del 2003 y junio del 2015**), adelantando funciones propias de la entidad demandada, las cuales a luces del Artículo 32 de la ley 80 de 1993, solo podían contratarse cuando no **pudieran realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados** y únicamente **por el término estrictamente indispensable**.

En este sentido, el Juzgado encuentra que la entidad demandada dentro de su componente misional tiene **la prestación de servicios médicos** a sus los afiliados y beneficiarios como lo indica la Ley 352 de 1997²⁸ en los siguientes términos:

*(...) "ARTICULO 5. OBJETO. Prestar el Servicio de Sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además **brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios.***

(...)(...)

ARTÍCULO 14. FUNCIONES ASIGNADAS A LAS FUERZAS MILITARES. *El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de **prestar los servicios de salud en todos los niveles de atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a través de las unidades propias de cada una de las Fuerzas Militares o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.***

PARÁGRAFO. *En los establecimientos de sanidad militar se prestará el servicio de salud asistencial a todos los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares contemplados en los artículos 19 y 20 de la presente Ley, en los términos y condiciones que determine el Comité de Salud de las Fuerzas Militares. (Negrilla fuera del texto).*

De otro lado, uno de los argumentos expuestos en el presente proceso para no reconocer la existencia de la relación laboral, hace referencia a la actividad de coordinación de actividades entre el **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA-BATALLON A.S.P.C NÚMERO 1.- CACIQUE TUNDAMA** y la demandante, y no de subordinación.

²⁸ 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.

Al respecto, encuentra el Despacho que el Consejo de Estado entre otras, en sentencia del 22 de abril de 2015²⁹, aclaró que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista en las cuales el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, incluyendo en algunas ocasiones el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación, por lo que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, aun cuando el cargo desempeñado no tenga uno análogo en la planta de personal de la entidad pública y que las actividades realizadas no fueron efectuadas atendiendo la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En ese orden, resulta pertinente señalar que en los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes aquí litigiosas, se estableció como objeto contractual el siguiente:

*"El contratista de manera independiente y de su libre espontaneidad, es decir sin que exista subordinación ni dependencia de ningún orden ni vínculo laboral de ninguna naturaleza, se obliga para con **LA DIRECCION DE SANIDAD EJERCITO**, a prestar sus servicios **PROFESIONALES** como **MEDICO GENERAL**, servicio que desarrollará en forma independiente y con total autonomía técnica, administrativa, financiera, con sus propios medios, todo ello de acuerdo con las obligaciones contenidas en el texto del presente contrato; dejando de presente que tales actividades deberán ser desarrolladas en las ciudades donde así lo requiera **LA DIRECCION DE SANIDAD EJERCITO**. **LA DIRECCION DE SANIDAD EJERCITO** por su parte pagara **AL CONTRATISTA**, como retribución por los servicios prestados, una contraprestación económica", (fl.33 vto CP³⁰). El cual en términos generales es reiterado en todos los contratos.*

Sin embargo, en los diferentes contratos de prestación de servicios se encuentra una serie de obligaciones que debían ser ejecutadas por la demandante, las cuales para el Despacho son propias de una vinculación subordinada, a saber;

- Cumplir con todos los procedimientos y requisitos establecidos por la DIRECCION DE SANIDAD EJÉRCITO para acceso a los servicios por parte de los usuarios, así como todos y cada uno de los requisitos y políticas de calidad en el servicio exigidos tanto por la Ley (Decreto 2174 de 1996, Decreto 2753 de 1997, Decreto 2309 de 2000, Resolución No. 00320 de 1997, Resolución No.04252 de 1997, Circular externa No.048 de 1997, Decreto 2309 del 15 de octubre de 2000 y las demás que la complementen , adiciones o modifiquen , y que se entienden incorporadas al presente contrato), **Así como todas aquellas relacionadas con la atención del usuario y de calidad en el servicio establecidos por la DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO (Contratos Nos: AA2D 073/2006 fl. 34; AA2D 020/2007 fl. 40; AA2D-084/2007 fl. 46; SE37-C010-2011 fl.57 vto; SE37-C09-2013 fl.76 vto; SE37-C09-2014 fl.91; SE37-C06-2015 fl.95 vto)**
- Participar activamente en las brigadas médicas y/o odontológicas **que establezca la DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO. (Contrato No: AA2D 073/2006 fl. 34 vto; AA2D 020/2007 fl. 40 vto; AA2D-084/2007 fl. 46 vto; Contratos No: AA2D 073/2006 fl. 34 vto; AA2D 020/2007 fl. 40 vto; AA2D-084/2007 fl. 46 vto)**

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P: Alfonso María Vargas Rincón. Rad. 81001-23-33-000-2012-00066-01(1013-14), sentencia del 22 de abril de 2015

³⁰ Cuaderno Principal

- **Cumplir con las funciones asignadas por la Dirección**, como asistir a las reuniones programadas dentro del servicio y participar activamente en caso de activación del plan de emergencias. **(Contrato No: SE37-004-2010 fl. 52 Vto)**
- **Las demás funciones asignadas** por autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo. **(Contrato No: SE37-004-2010 fl. 52 Vto)**
- **Integral los diferentes comités** Médico asistenciales, historias clínicas, salud ocupacional, ética médica, promoción y prevención, infecciones, vigilancia epidemiológica, **así como su participación activa** en el desarrollo de las diferentes actividades de los mismos **y asistir a las reuniones programadas** dentro del servicio y participar activamente en caso de activación del plan de emergencias. **(Contrato No: SE37-C010-2011 fl.57 vto)**
- Prestar atención integral a los pacientes que acuden al servicio de urgencias, además de **participar permanentemente** con el grupo interdisciplinario del servicio en los aspectos administrativos y asistenciales **(Contrato No: SE37-C010-2011 fl.58).**
- Prestar turnos en el servicio de urgencias y consulta externa **según programación, coordinación OPS (Contrato No: SE37-C010-2011 fl.58).**
- **Cumplir con las funciones asignadas por la Dirección**, como asistir a las reuniones programadas dentro del servicio y participar activamente en caso de activación del plan de emergencias. **(Contrato No: SE37-C010-2011 fl.58).**
- **Las demás asignadas por autoridad competente**, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del contrato y las estipuladas en los estudios previos **(Contrato No: SE37-C010-2011 fl.58).**
- En representación del **ESM 5041, hacer parte de los comités** técnicos estructuradores y de evaluación de las contrataciones administrativas que lleve a cabo la **DIRECCION DE SANIDAD EJERCITO BATALLÓN DE ASPC No. 01 para los cuales sea designado**, asumiendo las obligaciones establecidas en el acto de designación sin perjuicio del cumplimiento de sus demás obligaciones contractuales. **(Contrato No: SE37-C05-2012 fl. 67 y 68).**
- **Demás que le sean asignadas e inherentes a su cargo (Contrato No: SE37-C09-2013 fl.77 vto; SE37-C06-2015 fl.95 vto).**
- Asistir a capacitaciones y/o reuniones programadas por la Dirección, derivadas del cumplimiento de las funciones de las diferentes áreas del **(Contrato No: SE37-C06-2015 fl.95 vto).**

Estableciéndose que los contratos celebrados por las partes aquí litigiosas dan cuenta del claro tratamiento que se daba a la demandante como empleada de la entidad, ya que tales obligaciones palmariamente corresponden al desarrollo de los objetivos y misiones de la entidad demandada (la prestación de servicios de salud), los cuales no pueden desarrollarse por cuenta y riesgo de un contratista como se consignó en los mismos.

Las declarantes señoras **MARYEN LILIANA SALAZAR WILCHES, LUZ MARINA CARO SOTO y MIRIAM ROSARIO ALEMÁN NOVOA** quienes fueron compañeras de trabajo en diferentes periodos de la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, y les consta de forma directa la prestación de los servicios en favor de la demandada; además fueron contundentes en señalar que la demandante desarrollaba sus funciones de forma subordinada, al respecto resulta pertinente traer a colación los siguientes apartes de sus manifestaciones:

Al respecto la declarante **MARYEN LILIANA SALAZAR WILCHES** dijo lo siguiente:

"usualmente había un jefe de dispensario, el jefe de dispensario era también nuestro jefe directo, quien era el encargado de asignar los turnos"

"estaban las personas encargadas del contrato usualmente era un segundo encargado del contrato, habían unos encargados de hacer las agendas de los médicos a diario, programar citas pero el jefe inmediato era el del dispensario, y ya cuando se requerían cosas especiales habían veces que teníamos que dirigirnos al jefe del batallón, pero lo usual era el jefe del dispensario."

El Jefe de dispensario *"determinaba en que jornada laboral íbamos a trabajar, los tiempos de contratación, de cuánto tiempo quedaba determinado el contrato que se nos daba por ops, él distribuía los horarios de disponibilidades nocturnas y de fines de semana y cuando necesitábamos turnos, permisos o cambio de turnos los permisos se dirigían a él"*

¿Precisar si la demandante podía cambiar libremente los turnos o requería autorización? *"siempre requerían una autorización previa pues las planillas estaban fijadas ya previamente para cada día o los días ya tenía uno la planilla creada entonces no se podía cambiar, siempre se debía avisar o hacer un cambio con un compañero pero con consentimiento previo del jefe de dispensario o sino no se podía hacer ese cambio."*

"el turno lo asignaba el jefe de dispensario, si se presentaba algo, debíamos hacer la solicitud por escrito para hacer disponibilidades, pero el horario del día si era fijo para todos, había algunas personas para trabajar en jornada de la mañana y otras en la jornada de la tarde, ya en los horarios preestablecidos."

La señora **LUZ MARINA CARO SOTO** en su testimonio señaló los siguientes elementos de juicio respecto de la subordinación de la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN** en la ejecución de la prestación de sus servicios profesionales:

¿Si tiene conocimiento de que es una orden de prestación de servicios? *"pues esa era la modalidad bajo la cual nos decían se acepta la contratación, nos contrataban así pero al igual teníamos coordinación, teníamos jefes, teníamos que cumplir horario"*

¿Los turnos en que horario los asignaban? *"De acuerdo como nos asignaran la necesidad del servicio"*

¿Quiénes eran los jefes de la Dra. Merchán? *"en el dispensario médico ósea no era como protocolo como tal sino que estuviera por escrito, sino nosotros teníamos el jefe del dispensario que fuera; para el 2014 era una MAYOR, después llegaron fue CORONELES ellos eran quienes daban el aval para los turnos que eran asignados, a veces se los ordenaban hacer a la enfermera jefe rural que llegaba, más la supervisión de quien fuera el supervisor del contrato, eran quienes nos asignaban los turnos, hacían el cuadro de turnos y lo avalaba el CORONEL el Jefe del Dispensario por cada área, digamos la parte de consulta externa asignaban un SARGENTO un CABO coordinador quien era el encargado de asignar las citas médicas y de consulta prioritaria quien nos estaba vigilando todo el tiempo el área de consulta prioritaria, entonces teníamos diferentes jefes, la enfermera jefe rural, el coronel, los sargentos, cabos que habían en*

ese momento, cada 2 años hacían movimiento de personal, entonces los que llegaran eran nuestros jefes militares, más la rural, más la enfermera jefe rural que llegaba."

¿Si la demandante debía solicitar permisos y ante quien lo hacía? "sí en las reuniones a nosotros nos daban indicaciones en las cuales teníamos que solicitarlo con anterioridad y justificando la parte de los permisos, porque ya una vez asignados los horarios era como difícil coordinar quien le hiciera a uno esos turnos, pues no contaban con suficiente personal en el momento que pasara alguna eventualidad, entonces se debía pasar al menos con dos o tres días de anterioridad, esta solicitud de permisos al jefe del dispensario, esta se pasaba al CORONEL del dispensario, MAYOR o sea la cabeza del dispensario "

Así mismo, la señora **MIRIAM ROSARIO ALEMÁN NOVOA** en su declaración refirió lo siguiente en relación con la dependencia o subordinación de la demandante en el desarrollo de sus actividades en favor de la entidad demandada:

"ella laboraba como médico contratada por OPS, pero laboraba ósea tenía un horario, la doctora tenía su horario inicialmente recuerdo en el 2003 cuando ingresó ella laboraba de 1 a 5 o 6 de la tarde, ósea ella tenía tiempo de la tarde y ya después cuando regresó ya tenía tiempos en la mañana trabajaba de 7 a 12 o 1 más o menos

¿Quién asignaba los turnos? "pues siempre el que asignaba los turnos era el jefe del dispensario nosotros siempre estábamos regidos por el Director del dispensario ya sea el CAPITÁN, CORONEL, MAYOR el que estuviera en ese momento, él siempre era el que daba las órdenes."

"quien siempre daba las órdenes era el jefe del dispensario, nosotros siempre estábamos regidos por el jefe del dispensario" (...) (...) a veces daba órdenes verbales, ordenes escritas, a veces por ejemplo que si tocaba ir a formar, ejemplo formaciones, un ejemplo de pronto la doctora tenía que cubrir a otro médico porque no estaba, entonces tenía que adelantar el turno de la noche, que otras ordenes, por ejemplo lo de las citas, lo de los turnos"

Sumado a lo anterior, de las pruebas documentales allegadas a las diligencias, se puede establecer con meridiana claridad que la entidad demandada ejercía poder subordinante, pues además de las obligaciones impuestas en los contratos celebrados como se señaló en precedencia, también se imponían órdenes y lineamientos para el desarrollo de las funciones, contenidos en oficios y circulares que fueron aportados por la demandante, como se evidencia de folio 102 y ss.

Las anteriores declaraciones, valoradas en conjunto con las pruebas documentales allegadas al plenario, permiten para el presente caso desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios, pues se encuentra acreditado que la MEDICO GENERAL **MARY LUZ TORRES MERCHAN** adelantó su ejercicio profesional en favor de la entidad demandada atendiendo funciones misionales de carácter permanente atribuidas al **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO - BATALLÓN DE ASPC NO. 1 CACIQUE TUNDAMA**, siguiendo los lineamientos establecidos por éste a cambio de una contraprestación que percibía de forma mensual a título de honorarios, con lo cual se desconoce que en realidad, la actividad desarrollada por la demandante fue de iguales magnitudes a la efectuada por el personal vinculado legal y reglamentaria para prestar los servicios de salud adscrito al **Establecimiento de Sanidad - Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama-**, pero puede afirmarse con fundamento en el dicho de la declarante **MIRIAM ROSARIO ALEMÁN NOVOA** y demás pruebas allegadas al proceso que a diferencia de aquellos, a la demandante le fueron desconocidos sus derechos

prestacionales y otras prebendas existentes en favor del personal de planta, por lo cual resulta pertinente dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades de que trata el artículo 53 de la Constitución Política.

Sumado a lo anterior, debe señalarse que no resulta de recibo el argumento expuesto por la entidad demandada que celebró los contratos de prestación de servicios profesionales y que no existió subordinación sino coordinación en el desarrollo de las actividades contratadas, pues basta con observarlas para evidenciar que hacen parte de las inherentes al objeto misional o razón de ser del **Establecimiento de Sanidad -Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama-**.

Igualmente resulta evidente para este Juzgado que las labores desempeñadas por la médico general **MARY LUZ TORRES MERCHAN** son inherentes al objeto misional de la demandada, tal y como se consigna en los contratos celebrados, en los cuales se refiere de forma precisa que la contratación se justifica por **la deficiencia de personal en la entidad** para desarrollar el servicio contratado.

Lo cual, sin lugar a dudas permite indicar que se encuentra acreditado el elemento de subordinación, pues no sobra reiterar que las funciones desarrolladas por la demandante se ejecutaron de conformidad con las directrices que los jefes inmediatos en nombre del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Dirección de Sanidad del Ejército - Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama le impartían, desconociéndose de forma contundente la autonomía que posee el contratista y que es propia de los contratos de prestación de servicios, regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Según lo expuesto, concluye el Despacho que la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN** prestó sus servicios atendiendo una actividad permanente del **Establecimiento de Sanidad -Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama-**, cumpliendo el horario y turnos establecidos por la entidad, asistiendo a las reuniones y actividades que le programaban y a cambio de una contraprestación mensual percibida a título de honorarios; es decir, que en la práctica su actividad fue idéntica a la desarrollada por el personal de planta de la entidad demandada, pero a diferencia de éstos, le fueron desconocidos sus derechos prestacionales.

Otro aspecto que no pierde de vista el Juzgado, es lo que tiene que ver con la permanencia que se da en los contratos de prestación de servicios que originan el presente litigio, pues la demandante fue contratada **para la misma labor por un término aproximado de 10 años comprendidos entre 2003 y 2015**, lo cual permite concluir que no se trataba de la ejecución de funciones ajenas al **Establecimiento de Sanidad -Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama-** que pudiesen ser contratadas de manera temporal, pues dichos servicios de salud son prestados de forma permanente, situación que está expresamente prohibida por el ordenamiento, tal como se consignó en el acápite de marco jurídico, pues se reitera el carácter de los contratos de prestación de servicios profesionales debe ser transitorio, pues se desarrolla por el término estrictamente indispensable, lo que no ocurrió en el caso bajo examen, en el cual la demandante prestó sus servicios profesionales como MEDICO GENERAL por un tiempo aproximado de 10 años.

Siendo reprochable la conducta asumida por la entidad demandada frente a la vinculación de personal para la prestación de los servicios de salud, pues la declarante **MIRIAM ROSARIO ALEMÁN NOVOA**, quien prestó sus servicios por más de 20 años en favor de dicha entidad, refirió de forma contundente que a partir del año 2010 cuando se pensiona el Doctor Sanabria quien era médico de planta, la entidad demandada continuó prestando los

servicios de salud de forma generalizada con personal contratado mediante OPS, lo cual desconoce la obligación que radica en cabeza de las entidades públicas de crear los cargos necesarios en la planta de personal para efectos de llevar a cabo la misión que les fue encomendada legalmente, o **la creación de empleos de carácter temporal** en las condiciones y con los requisitos legales como lo señala la ley 909 de 2004, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, como ocurre en este caso.

En ese orden de ideas, después de analizar las pruebas en conjunto, es claro que se lograron desvirtuar las características del contrato de prestación de servicios, pues la demandante cumplía una función que debía ser desempeñada por personal de planta, las funciones o responsabilidades que se asignaron no eran temporales, no contaba con autonomía e independencia para su realización, pues debía permanecer en el lugar de trabajo, cumplir horarios, así mismo, debía estar atenta a las instrucciones que se impartieran y observar el régimen jurídico de los servidores públicos, aspectos que conllevan la configuración de la subordinación como elemento propio de la relación laboral, y no un contrato de prestación de servicios.

Lo anteriormente expuesto, está acorde con el precedente constitucional, contenido entre otras, en la sentencia C- 614 de 2009 que declaró exequible el inciso final del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 que señala lo siguiente "**Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones**", al encontrar que constituía una protección de las relaciones laborales, al respecto señaló:

"(...) (...) La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. (...) (...)”³¹

Sumado a ello, resulta pertinente reiterar que de las pruebas allegadas al plenario se logró determinar la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, al encontrarse probados los tres elementos que permiten la constitución, a saber; prestación personal del servicio, subordinación y salario, así mismo, se evidenció que la entidad demandada utilizó la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, para desarrollar una función que le corresponde adelantar de forma permanente, aspecto que permite consolidar la existencia de la relación laboral entre las aquí encartadas, pues se demostraron los criterios³² establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C- 614 de 2009 para definir el

³¹ sentencia C- 614 de 2009

³² Criterios; funcional, de igualdad, temporal o de la habitualidad, de la excepcionalidad y de continuidad

concepto de función permanente como aspecto, que sumado a los elementos referidos permiten delimitar la existencia de la relación laboral.

Por lo dicho, se desvirtuó la existencia de un contrato de prestación de servicios y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (art. 53 C.P.), la situación de la demandante amerita la especial protección del Estado garantizada por el artículo 25 de la Constitución Política

Sin embargo, a pesar que de las pruebas allegadas a las diligencias se pudo determinar que la entidad accionada cuenta con planta de personal, no se probó cuál es el cargo análogo existente al desempeñado por la demandante, pues si bien se recaudaron una serie de documentos en ese sentido, al revisarlos se advierte que hacen referencia a profesionales de la salud vinculados con la Dirección General de Sanidad Militar y no del Ejército Nacional o del **Establecimiento de Sanidad -Batallón de ASPC No. 1 Cacique Tundama-** con lo cual resulta inviable establecer o determinar de forma específica la denominación y el grado del cargo, para ordenar que sea sobre el salario del mismo que se determine el restablecimiento del derecho de la demandante (fl. 271 y ss).

Por consiguiente, para el caso bajo examen teniendo en cuenta que la contratista al desvirtuar tal condición, no se convierte automáticamente en empleada pública, y tampoco implica una restricción de su derecho de acceder al restablecimiento del derecho³³, el cual, para este asunto ante la no demostración de la existencia de un cargo homólogo en la planta de la demandada no puede consistir en el pago de los emolumentos dejados de percibir y las diferencias salariales a que hubiere lugar, pero sí al reconocimiento de la totalidad de las prestaciones sociales de un empleado de planta ya que nunca fueron sufragadas, teniendo como base de liquidación los honorarios pactados en los contratos celebrados, pues en razón a la no probanza del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, entre otras³⁴; en sentencia del 28 de septiembre del 2016³⁵, pues de otra forma de proferirse una orden abstracta que permita a la entidad demandada determinar el empleo equivalente con el desempeñado por la accionante, se dejaría la posibilidad de que adopte una posición subjetiva al respecto que conlleve a permanecer la disputa aquí estudiada, situación que puede resultar gravosa para la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHAN**.

En este punto el Despacho precisa que los derechos que se reconocen en favor de la demandante *no se efectúan a título de reparación del daño* pues como lo ha señalado el Consejo de Estado *"... 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*

³³ Sentencia del 8 de marzo de 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda - Sub Sección A- Rad. No.: 25000234200020130411701-C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación No23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

³⁵ Sentencia del 28 de septiembre del 2016 Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-Rad. 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013)- M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

práctica una relación de trabajo.”³⁶ Sumado a que no se acreditaron dentro del presente trámite.

De otro lado, como se aprecia en los contratos que se referenciaron, previo a realizar el estudio de los elementos que conforman una relación laboral, la demandante acreditó fueron celebrados de forma periódica, sin embargo **con los testimonios recaudados y la documental allegada no se logró probar que hubiera prestado sus servicios en favor de la demandada en el periodo indicado en la demanda**, esto es, **entre el 1 de agosto de 2003 y el 15 de junio del 2015**, por lo que el Despacho para determinar los derechos o el restablecimiento a que haya lugar, tomará como periodos laborados los probados con los contratos de prestación de servicios allegados a las diligencias, los cuales se agrupan teniendo en cuenta su periodo de ejecución, el que a voces del artículo 10º del Decreto 1045 de 1978³⁷ se entenderá sin solución de continuidad cuando no medie más **de quince días hábiles** de interrupción en el servicio, lo cual da como resultado que la demandante efectuó sus servicios en favor de la demanda de la siguiente manera:

NUMERO CONTRATO U ORDEN	INICIO	TERMINACIÓN
(i)No. 286 del 2003 (fls. 28 y ss cuaderno No. 1 de pruebas)	1 de agosto de 2003	31 diciembre de 2003
(i)No. 05 del 2004 (fls. 57 y ss cuaderno No. 1 de pruebas); (ii) No. 200 del 2004 (fls. 85 y ss cuaderno No. 1 de pruebas)	2 de febrero de 2004	31 de diciembre del 2004
(i)No. 073 del 2006 y OTRO SI (fls. 33 y ss Cuaderno Principal y folio 119 cuaderno No. 1 de pruebas)	1 de agosto de 2006	31 de diciembre del 2006
(i)No. AA2D 020/2007(fls. 39 y ss Cuaderno Principal y folio 171 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (ii) No. AA2D 084/2007 (fls. 45 y ss Cuaderno Principal y folio 218 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (iii) No. AA2D004/2008 (folio 263 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	12 de febrero de 2007	31 de diciembre del 2008
(i) No. SE37-004-2010 (folio 51 y ss Cuaderno principal y folio 361 y ss cuaderno No.1 de pruebas); (ii) ADICIONAL No.1 folio 439 y ss cuaderno No.1 de pruebas); (iii) No. SE37-097-2010 (folio 488 y ss cuaderno No.1 de pruebas); (iv) No. SE37-010-2011 (folio 56 y ss Cuaderno principal y folio 537 y ss cuaderno No.1 de pruebas); (v) ADICIONAL No.1 folio 554 y ss cuaderno No.1 de pruebas)	5 de enero de 2010	30 de agosto del 2011
(i) No. SE37-C103-2011 (folio 631 y ss cuaderno No.1 de pruebas); (ii) No. SE37-C05-2012 (folio 64 y ss Cuaderno principal y folio 692 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (iii) No. SE37-C09-2013 (folio 75 y ss Cuaderno principal y folio 843 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (iv) No. SE37-C09-2014 (folio 90 y ss Cuaderno principal y folio 1077 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (v) No. SE37-C09-2014 (folio 83 y ss Cuaderno principal y folio 980 y ss Cuaderno No.1 de pruebas); (vi) No. SE37-C06-2015 (folio 94 y ss Cuaderno principal y folio 1167 y ss Cuaderno No.1 de pruebas)	20 de septiembre de 2011	16 de junio del 2015

Sumado a lo anterior, se tendrá en cuenta que la parte actora, sólo hasta el 8 de enero de 2016 acudió a la entidad demandada a fin de que se pronunciara acerca de las acreencias prestacionales que consideraba tener derecho, fundada en la existencia de una relación laboral bajo la égida del contrato realidad (fls. 20 a 27), habiendo transcurrido más de tres

³⁶ Sentencia del 8 de marzo de 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda - Sub Sección A- Rad. No.: 25000234200020130411701-C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

³⁷ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de tos empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

(3) años con que contaba para tal propósito respecto de algunos periodos laborados, por ende, algunas acreencias se encuentran prescritas, como más adelante se expondrá.

Entonces, habiéndose probado que entre la demandante y la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO - BATALLÓN DE ASPC NO. 1 CACIQUE TUNDAMA** se suscribieron sendos contratos los cuales disfrazaron una relación laboral, tal irregularidad a la luz del artículo 13, 25 y 53 constitucionales debe ser superada, procediendo a declarar la nulidad del **Oficio N° 0285 MDN-CGFM-CE-DIVO2-BR1-CENAC del 18 de abril del 2016 (fl. 28 y 29)**, suscrito por la entidad demandada dando respuesta a la solicitud presentada por la parte actora por estar incurso en falsa motivación de acuerdo a lo expuesto en precedencia, y en su lugar, se ordenará reconocer y pagar a la parte actora la indemnización correspondiente.

Ahora bien, antes de entrar a determinar la forma en la que se ordenará el restablecimiento del derecho que corresponda, es necesario establecer si la demanda es oportuna o extemporánea frente a la totalidad de contratos de prestación de servicios que corresponden a los periodos en los cuales la demandante trabajó en favor de la aquí demandada **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**.

4.3. Término de prescripción³⁸ y momento desde el cual debe contabilizarse

Al respecto debe recordarse que el artículo 2535 del Código Civil establece que la prescripción extintiva es un modo de aniquilar los derechos por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo. Igualmente la doctrina³⁹ ha concluido que *"la prescripción es una forma de extinguir el derecho de acción que emana de determinado derecho sustancial"*.

En materia laboral, el legislador ha previsto como regla general en tres (3) años la ocurrencia del fenómeno prescriptivo⁴⁰ de los derechos laborales, pues es evidente que la extinción de los derechos derivada de la prescripción, es un asunto de reserva exclusiva del legislador, por tanto, debe darse aplicación a lo consignado en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, que contempla lo siguiente:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan 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 sólo por un lapso igual."

Sumado a lo anterior, el **Consejo de Estado** ha establecido que la reclamación de los derechos laborales⁴¹ no puede quedar al arbitrio de la parte interesada a un término, es decir, que a pesar del carácter constitutivo de la sentencia que reconoce la existencia de un contrato realidad, es deber del interesado solicitar los derechos dentro de un término prudencial.

³⁸ El Consejo de Estado en sentencia de tutela del 4 de febrero de 2016 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Exp. 11001-03-15-000-2014-01611-01(AC) identificó cuatro momentos, criterios o posiciones en lo que concierne al tema de la prescripción en relación con el contrato realidad.

³⁹ LÓPEZ B., Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. Undécima edición. 2012. pág. 514.

⁴⁰ Artículo 41 Decreto 3135 de 1968

⁴¹ Consejo de Estado Sección segunda Subsección "B" Sentencia de 8 de mayo de 2014 Radicación 08001123310002012002445 01, MP Gustavo Gómez Aranguren.

Precisando que el efecto del fallo constitutivo es el reconocimiento de la relación laboral; sin embargo, desde antes de proferirse la sentencia, la parte interesada estaba facultada para solicitar su existencia.

Por lo cual, el término prescriptivo debe contabilizarse desde que la obligación se hace exigible, pues la obligación no nace con la sentencia, sino desde el momento de la terminación del vínculo contractual, en ese sentido, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; se advierte, que la petición por escrito que hace el trabajador ante la entidad que pretende demandar tiene doble vocación, la de interrumpir la prescripción, y la de agotar un requisito para acudir a la jurisdicción para buscar la declaración de la relación laboral presuntamente encubierta.

Ahora bien, en este punto se debe precisar que el Consejo de Estado acogió el término prescriptivo de tres (3) años para los derechos laborales (salvo los pensionales), entre otros⁴² en sentencia de unificación del 25 de agosto del 2016⁴³ en la cual se señaló lo siguiente:

*"(...) (...) Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de ésta, 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, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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; (...) (...)”*
(Negrilla fuera del texto).

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el momento desde el cual debe contarse el término de prescripción, tratándose de diferentes contratos de prestación de servicios, en principio debe contarse a la finalización de cada uno por tratarse de pretensiones distintas.

No obstante, **el término prescriptivo debe contabilizarse desde la finalización del último contrato cuando concurren varios, y entre ellos no medie solución de continuidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, esto es cuando no transcurren más de quince días hábiles de interrupción en el servicio⁴⁴, entre las diferentes vinculaciones.**

No obstante lo anterior, la regla de la prescriptibilidad de los derechos laborales tiene su excepción cuando se trata de asuntos pensionales, este entendimiento se extrae del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, que contempla la irrenunciabilidad del derecho a la Seguridad Social, y el carácter fundamental, de *"la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no*

⁴² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A". Sentencia de fecha 9 de abril de 2014, Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Igual postura, adoptó el Tribunal Administrativo de Boyacá entre otras, en sentencia del 24 de julio de 2015 M.P. Fabio Iván Afanador García. Exp. 150013333009201300087-01. Sentencia del 16 de diciembre de 2014 M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Exp 15238333300120130067-01

⁴³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación No23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Fallo de 19 de junio de 2008, Radicación 680001-23-15-000-2000-02560-01 (1066-07).

admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos...⁴⁵.

En ese orden de ideas, la imprescriptibilidad de las acciones judiciales en materia pensional constituye la excepción a la regla general, tratamiento que encuentra justificación por la naturaleza del derecho, su finalidad y los alcances vitalicios, como lo ha expuesto la Corte Constitucional entre otras; en sentencias T-217 de 2013 y SU-298 de 2015. Concluyéndose que no solo son imprescriptibles las acciones judiciales en procura de obtener el reconocimiento del derecho pensional, sino también las que pretenden determinar los elementos centrales de este derecho como son: la edad, el capital, el tiempo de servicio, los aportes, la emisión del bono pensional, la actualización y/o reliquidación del monto de la pensión, la indemnización sustitutiva, entre otros.

❖ De acuerdo a lo anterior, para este Despacho está claro **que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción de los aportes a seguridad social en pensiones que no se hubieren efectuado durante todo el periodo en que se desarrolló la relación laboral** (el cual es un derecho irrenunciable que aun cuando no fue objeto de pretensión expresa el Despacho ordenará su pago), no ocurre lo mismo respecto de las demás prestaciones solicitadas en la demanda, pues algunas de aquellas fueron afectadas por la prescripción trienal, la cual como se señaló en precedencia comienza a correr a partir de la finalización del vínculo laboral⁴⁶, aclarando que para el caso bajo estudio al haberse presentados varias interrupciones en los diferentes periodos laborados, para su determinación se tendrá en cuenta que no haya existido solución de continuidad, esto es que no hubiere transcurrido un término de interrupción superior a quince días entre los diferentes contratos⁴⁷, lo cual da como resultado los siguientes periodos trabajados; (i) del 1 de agosto de 2003 al 31 diciembre de 2003; (ii) del 2 de febrero de 2004 al 31 de diciembre del 2004; (iii) del 1 de agosto de 2006 al 31 de diciembre del 2006; (iv) del 12 de febrero de 2007 al 31 de diciembre del 2008; (v) del 5 de enero de 2010 al 30 de agosto del 2011 y; (vi) del 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015; como lo muestra de forma detallada el siguiente gráfico:

No. CONTRATO U ORDEN	DESDE	HASTA
No. 286 del 2003	1 de agosto de 2003	31 diciembre de 2003
No. 05 del 2004; No. 200 del 2004.	2 de febrero de 2004	31 de diciembre del 2004
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	1 de agosto de 2006	31 de diciembre del 2006
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	12 de febrero de 2007	31 de diciembre del 2008
No. SE37-004-2010 y ADICIONAL No.1; No. SE37-097-2010; No. SE37-010-2011 y ADICIONAL No.1	5 de enero de 2010	30 de agosto del 2011
No. SE37-C103-2011; No. SE37-C05-2012; No. SE37-C09-2013; No. SE37-C09-	20 de septiembre de 2011	16 de junio del 2015

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1998.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2016, Radicación No23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter; interpretación reiterada entre otras; en Sentencia del 8 de marzo de 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda - Sub Sección A- Rad. No.: 25000234200020130411701-C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁴⁷ como lo dispone el Decreto 1042 de 1978

2014; No. SE37-C09-2014; No. SE37-C06-2015		
---	--	--

Sumado a lo anterior, encuentra el Despacho que la parte actora solicitó el reconocimiento del contrato realidad hasta el 8 de enero del 2016 (fl. 20 y ss), con lo cual interrumpió el término de prescripción, pero sólo con relación al último periodo laborado, esto es el que inició el **20 de septiembre de 2011 y finalizó el 16 de junio de 2015, porque frente a los demás periodos al momento de dicha radicación ya se había superado los tres años para que opere la prescripción**, y tampoco se allegó ningún otro documento que probara la interrupción, por lo tanto dichos derechos fueron afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción (salvo en lo referente a aportes pensionales).

De lo expuesto, se concluye que no se encuentran dentro del trienio con que contaba la parte actora para hacer exigibles los derechos originados con anterioridad al 20 de septiembre de 2011, porque a pesar de haber existido una relación laboral, el lapso comprendido entre el 1 de agosto del 2003 y el 30 de agosto del 2011 se encuentra prescrito, siendo viable reconocer derechos prestacionales en favor de la demandante únicamente desde el 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015, por ser la última vinculación que se presentó sin solución de continuidad y que no fue afectada por la prescripción.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia se ordenará que la entidad demandada a título de indemnización, reconozca en favor de la demandante los siguientes conceptos:

a).- Al no existir solución de continuidad en los contratos desarrollados con interrupciones inferiores a 15 días se demostró en las presentes diligencias que entre la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO - BATALLÓN DE ASPC NO. 1 CACIQUE TUNDAMA** y la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, se declarara la **existencia de una relación laboral en los siguientes periodos:**

No. CONTRATO U ORDEN	DESDE	HASTA
No. 286 del 2003	1 de agosto de 2003	31 diciembre de 2003
No. 05 del 2004; No. 200 del 2004.	2 de febrero de 2004	31 de diciembre del 2004
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	1 de agosto de 2006	31 de diciembre del 2006
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	12 de febrero de 2007	31 de diciembre del 2008
No. SE37-004-2010 y ADICIONAL No.1; No. SE37-097-2010; No. SE37-010-2011 y ADICIONAL No.1	5 de enero de 2010	30 de agosto del 2011
No. SE37-C103-2011; No. SE37-C05-2012; No. SE37-C09-2013; No. SE37-C09-2014; No. SE37-C09-2014; No. SE37-C06-2015	20 de septiembre de 2011	16 de junio del 2015

b).- No hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización equivalente al valor de la diferencia de los derechos salariales y prestacionales durante el tiempo en que cobró vigencia la relación de trabajo, teniendo en cuenta lo percibido por los empleados de planta en un cargo equivalente, pues como se señaló en precedencia no se demostró que la demandada tuviera en su planta de personal un cargo homólogo al desempeñado por la demandante, y dar tal orden implicaría dejar en desprotección a la demandante.

c).- La entidad demandada deberá **liquidar y pagar las prestaciones sociales ordinarias** que percibían los empleados públicos de planta de dicha entidad, (cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de navidad, y demás primas y emolumentos que perciban) en favor de la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHAN, tomando como salario básico el valor de los honorarios percibidos de forma mensual**, ante la no demostración en las diligencias de la existencia de un cargo de planta con las mismas funciones desempeñadas por la parte actora, y por los periodos laborados y que no hubiere operado el fenómeno de la prescripción.

d).- La demandada deberá liquidar y trasladar al fondo o entidad del Sistema de Seguridad Social en pensiones que se encuentre afiliada la demandante, **el porcentaje o diferencia de los aportes a pensiones que no se hubieren cancelado en el período efectivamente laborado del 1 de agosto de 2003 y el 15 de junio de 2015** y que por ley debió cancelar el empleador, **luego de hacer la liquidación de cara a lo efectivamente cotizado por la trabajadora y lo que se debió cotizar, teniendo en cuenta los valores de los contratos suscritos con la entidad**⁴⁸, al no operar el fenómeno de la prescripción frente a este concepto. Así mismo, en caso de no haber sido verificado el pago de los aportes que por ley correspondían a la demandante durante algunos de los periodos de la relación contractual, **será deber de la demandada efectuarlos, pero sólo en el porcentaje que le correspondía y sin perjuicio que el porcentaje a cargo de la ahora demandante le sea exigible por parte de la entidad demandada**, pues no puede perderse de vista que los trabajadores independientes realizan aportes en porcentajes distintos a como lo hacen los dependientes y sus empleadores.

e).- En atención a la declaratoria de la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y la existencia de una relación laboral, y teniendo en cuenta que la demandante acreditó que canceló lo referente a los aportes a **pensión** -fls 191 y 192- **salud** -fls 263 a 268 y **riesgos profesionales** -fls. 194 A 198- se encuentra procedente **el reintegro de los dineros que tuvo que asumir la demandante, pero sólo en el porcentaje que por ley le correspondía asumirlos al empleador y en el periodo laborado entre el del 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015**, lo cual está acorde con lo señalado por el Consejo de Estado, entre otras; en sentencia del 13 de mayo del 2015⁴⁹ y además fue objeto de reclamación en sede administrativa, teniendo en cuenta que en los periodos anteriores operó el fenómeno de la prescripción.

f).- Se dispondrá el **reintegro y pago a favor de la demandante de los dineros cancelados por concepto de las pólizas** adquiridas para garantizar el cumplimiento de los contratos suscritos **entre el del 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015**, teniendo en cuenta que acreditó su pago como se observa de folio 112 a 117 de las diligencias, habida cuenta que en los periodos anteriores operó el fenómeno de la prescripción.

g).- No se reconocerá el reintegro de concepto alguno por concepto de **parafiscales**, pues la demandante no acreditó su pago.

⁴⁸ Sentencia del 28 de septiembre del 2016 Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-Rad. 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013)- M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁹ Sentencia del 13 de mayo del 2015 Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B-Rad. 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14)- M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

h).- Ahora, en relación con la pretensión de reintegro de los valores descontados por **retención en la fuente** sobre los contratos suscritos con la demandante, el Despacho encuentra que de conformidad con el artículo 376 del Estatuto Tributario reglamentado por el Decreto 702 de 2013, las entidades públicas encargadas de realizar dicha retención deben consignar dichos valores a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de manera que no hay lugar al reintegro de este concepto, por lo cual dicho trámite de devolución debe surtir ante dicha entidad en caso de que se den los presupuestos, postura que ha sido trazada de tiempo atrás, tanto por la Corte Suprema de Justicia⁵⁰ como el Consejo de Estado⁵¹, para el efecto resulta pertinente traer a referencia lo manifestado por la corporación de lo contencioso administrativo en sentencia del 27 de abril del 2016 en la Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A⁵², en la cual señaló;

*"(...) La Subsección estima que no hay lugar a la devolución de los valores pagados por retención en la fuente, ni rete-ICA, pues tal como lo ha sostenido esta Corporación «... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, **y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión**».(...)”*
(Negrilla fuera del texto)

Por lo cual, la pretensión de obtener el reintegro de lo deducido por retención en la fuente no puede tener prosperidad.

i).- Se niega la pretensión orientada a obtener **el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995**, teniendo en cuenta que las cesantías no fueron canceladas a la demandante porque no se encontraba vinculada laboralmente, sino bajo órdenes de prestación de servicios, donde una de las características es que no se perciben prestaciones sociales, vinculación que sólo hasta este trámite fue desvirtuada en atención del principio de la primacía de la realidad, dando origen a una verdadera relación laboral, y como restablecimiento del derecho se ordenó el pago de las cesantías.

j).- Las sumas reconocidas en esta decisión, deberán ajustarse en su valor dando aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula pertinente se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

k).- No se reconocerán más pretensiones, pues no se probó su existencia en el presente proceso.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral en sentencia del 29 de junio de 2001 con radicación 15499 con ponencia del magistrado Rafael Méndez Arango.

⁵¹ Sentencia del 13 de mayo de 2015 Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección B- Rad. 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14)- C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez

⁵² Sentencia del 27 de abril de 2016 Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda- Subsección A- Rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14)- C.P. William Hernández Gómez

5. DE LAS EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las que denominó *"inexistencia de la relación laboral"*, *"inexistencia de subordinación"*, *"legalidad de la vinculación contractual con la demandante"*, *"no vulneración de normas constitucionales ni legales"* (fls. 142 a 147), cuyo fundamento radica en señalar que no existió vinculación de carácter laboral sino de servicios profesionales, que no se presentó subordinación sino coordinación, que la demandante era independiente, que los contratos celebrados entre las partes gozan de legalidad y se celebraron en el marco del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y en general que no existió vulneración de normas legales y constitucionales. Al respecto, el Despacho encuentra que dichas excepciones no pueden prosperar por cuanto dentro del presente trámite se encontró probado que entre las partes aquí intervinientes existió una verdadera relación laboral, por lo cual no se entra a realizar análisis de las mismas.

6. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo del circuito judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

Primero.- DECLARAR infundadas y no probadas las excepciones de *"inexistencia de la relación laboral"*, *"inexistencia de subordinación"*, *"legalidad de la vinculación contractual con la demandante"*, *"no vulneración de normas constitucionales ni legales"*, propuestas por la entidad demandada, como se señaló en precedencia.

Segundo.- DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN en relación con las prestaciones sociales y los reintegros solicitados por la demandante y que se causaron con anterioridad al **20 de septiembre de 2011**, a excepción de los derechos pensionales, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar la nulidad del Oficio N° 0285 MDN-CGFM-CE-DIV02-BR1-CENAC del 18 de abril del 2016 (fl. 28 y 29), mediante el cual el Director del establecimiento de **Sanidad Militar BASPC No. del Batallón de A.S.P.C. Cacique Tundama**, negó el reconocimiento de los derechos laborales reclamados por la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN** por falsa motivación conforme a lo expuesto en esta sentencia.

Cuarto.- Declarar que entre la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-** y la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, existió una relación laboral durante los siguientes periodos:

No. CONTRATO U ORDEN	DESDE	HASTA
----------------------	-------	-------

No. 286 del 2003	1 de agosto de 2003	31 diciembre de 2003
No. 05 del 2004; No. 200 del 2004.	2 de febrero de 2004	31 de diciembre del 2004
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	1 de agosto de 2006	31 de diciembre del 2006
No. AA2D 020/2007; No. AA2D 084/2007; No. AA2D004/2008	12 de febrero de 2007	31 de diciembre del 2008
No. SE37-004-2010 y ADICIONAL No.1; No. SE37-097-2010; No. SE37-010-2011 y ADICIONAL No.1	5 de enero de 2010	30 de agosto del 2011
No. SE37-C103-2011; No. SE37-C05-2012; No. SE37-C09-2013; No. SE37-C09-2014; No. SE37-C09-2014; No. SE37-C06-2015	20 de septiembre de 2011	16 de junio del 2015

Quinto-. A título de restablecimiento del derecho, el **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-** reconocerá, liquidará y pagará a la señora **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, las prestaciones sociales comunes (*cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de navidad, y demás primas y emolumentos*) devengadas por los empleados de planta adscritos a la **Dirección de Sanidad Militar BASPC No. del Batallón de A.S.P.C. Cacique Tundama**, tomando como base para la liquidación el valor pactado por concepto de **honorarios en los contratos celebrados entre el 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015, teniendo en cuenta que en los periodos anteriores operó el fenómeno de la prescripción**, en las condiciones enunciadas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto-. **ORDENAR** al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-** liquidar y trasladar al fondo o entidad del Sistema de Seguridad Social en pensiones que se encuentre afiliada la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, **el porcentaje o diferencia de los aportes a pensiones que no se hubieren cancelado en los siguientes periodos trabajados;** (i) *del 1 de agosto de 2003 al 31 diciembre de 2003;* (ii) *del 2 de febrero de 2004 al 31 de diciembre del 2004;* (iii) *del 1 de agosto de 2006 al 31 de diciembre del 2006;* (iv) *del 12 de febrero de 2007 al 31 de diciembre del 2008;* (v) *del 5 de enero de 2010 al 30 de agosto del 2011 y;* (vi) *del 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015,* **y que por ley debió cancelar, luego de hacer la liquidación de cara a lo efectivamente cotizado por la trabajadora y lo que se debió cotizar, teniendo en cuenta los valores de los contratos suscritos por la entidad⁵³.**

En caso de no haber sido verificado el pago de los aportes que por ley correspondían a la demandante durante alguno de los periodos de la relación contractual, **será deber de la demandada efectuarlos, pero sólo en el porcentaje que le correspondía y sin perjuicio que el porcentaje a cargo de la ahora demandante le sea exigible por parte de la entidad demandada,** teniendo en cuenta lo expuesto en esta sentencia.

Séptimo-. Condenar a la **NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-** pagar o reintegrar en favor de la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHAN**, **el valor de lo cotizado por pensiones, salud y riesgos profesionales entre el 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015, teniendo en cuenta que en los periodos anteriores operó el fenómeno de la prescripción, pero sólo en**

⁵³ Sentencia del 28 de septiembre del 2016 Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-Rad. 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013)- M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

el porcentaje que por ley le correspondía asumir al empleador de acuerdo a lo expuesto en esta sentencia.

Octavo- Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** pagar o reintegrar en favor de la demandante **MARY LUZ TORRES MERCHANT, el valor de lo cancelado por concepto de pólizas entre el 20 de septiembre de 2011 y el 15 de junio del 2015, teniendo en cuenta que en los periodos anteriores operó el fenómeno de la prescripción**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Noveno- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Decimo- Condenar al **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago de cada concepto.

Décimo Primero- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Décimo Segundo- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Décimo Tercero- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Décimo Cuarto- Por Secretaria y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Décimo Quinto- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase,

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez