



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

Ibagué, veinticinco (25) de noviembre del dos mil veintiuno (2021)

RADICACION: 73001-23-33-000-2019-00444-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO
DEMANDADO: LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD
TEMA: CONTRATO REALIDAD - ODONTÓLOGA

ANTECEDENTES

La señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, a través de apoderado judicial, formula medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, con las siguientes pretensiones¹:

“PRIMERA: Se *DECLARÉ* la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 5774 del 04 de agosto de 2018, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de declaratoria de una relación laboral entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, y negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se *DECLARE* la existencia de una relación laboral y de un contrato de trabajo a término indefinido en el marco de la formalidad sobre la realidad, a favor de la demandante por haberse desempeñado en el cargo de ODONTÓLOGA al servicio de LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, en la planta de personal, desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior, y a título del restablecimiento del derecho, se *ORDENE* el reconocimiento, liquidación y pago retroactivo de los reajustes salariales equivalente al mismo cargo que desempeñaba la actora como odontóloga en la planta de personal.

¹ Se trae a colación el resumen de las pretensiones efectuado en la audiencia inicial donde las partes estuvieron de acuerdo, ver folios 265 y 266 del cartulario.

CUARTA: *Que como consecuencia de lo anterior, y a título del restablecimiento del derecho, se ORDENE a la entidad accionada que reconozca los beneficios estatuidos en la Convención Colectiva de Trabajo, para un trabajador del mismo nivel que la actora, al haber desarrollado actividades como ODONTÓLOGA.*

QUINTA: *Que se ORDENE a la demandada que pague a favor de la parte actora, cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, prima técnica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de antigüedad convencional, devolución de dineros por retención en la fuente, auxilio escolar, aportes a la seguridad social, dominicales y festivos, desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015.*

SEXTA: *Que se CONDENE a la entidad demandada, a que devuelva a favor de la accionante las sumas que resulten de la diferencia entre lo pagado al sistema general de seguridad social integral, y lo que realmente le correspondía pagar en calidad de trabajadora de la planta de personal, en aplicación a la ley y a la Convención Colectiva de Trabajo, sobre la base salarial previamente indicada, durante su vinculación a dicha entidad.*

Así mismo, le devuelva los valores pagados por concepto de pólizas de cumplimiento, a través de las cuales debía respaldar los contratos de prestación de servicios, y los dineros de la retención en la fuente que le fueron deducidas al salario de la accionante.

SEPTIMA: *Que se CONDENE a la demandada a reconocer y pagar sobre la base salarial previamente indicada, la indemnización moratoria consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber pagado oportunamente las cesantías, y se aplique la sanción anualmente en que se causó el derecho a las cesantías de forma independiente, durante el periodo laborado hasta que se haga el pago real y efectivo.*

OCTAVA: *Que se CONDENE a la demandada, a reconocer y pagar sobre la base salarial, la sanción consagrada en el artículo 236, 237 y 243 del Código Sustantivo del Trabajo, al no haberle otorgado a la accionante los descansos remunerados derivados de su estado de embarazo y se dé aplicación al principio de favorabilidad de la Constitución y del código referenciado.*

NOVENA: *Que se CONDENE a la entidad, a pagar la indemnización moratoria por falta de pago, al cual se encuentra consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la base salarial de la actora.*

DÉCIMA: *Que se CONDENE a la accionada a que pague las costas procesales equivalentes en un 20% de las pretensiones de la demanda, y si no paga de manera oportuna, se liquiden los intereses comerciales y moratorios hasta que se pague la sentencia, debidamente indexada y actualizada con el IPC."*

HECHOS

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos:

“(...)

- 1. La señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No 57296952 de Santa Marta, fue vinculada al ejército nacional Dirección de Sanidad Militar en la ciudad de Ibagué a partir del día 01 de febrero del 2007 hasta el 31 de diciembre del año 2015, mediante la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios.*
- 2. El Primer contrato se firmó por disposición del ente contratante con la COOSERTEP LTDA con Nit 800151009-5 para desarrollar labores en el DISPENSARIO MEDICO DEL BATALLÓN DE A.S.P.0 No 6 FRANCISCO ANTONIO ZEA desempeñando el cargo de ODONTÓLOGA que comprendía laborar inicialmente por cuatro horas de lunes a viernes de 11 am a 3 pm, con una duración inicial de 7 meses desde el 01 de febrero hasta el 31 de Agosto de 2007 posterior a este se realizó un anexo al contrato hasta el día 31 de diciembre de 2007 con la misma cooperativa.*
- 3. Posteriormente se firmaron sucesivos contratos de prestación de servicios entre La NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR-BATALLÓN DE SERVICIOS No 6 " FRANCISCO ANTONIO ZEA " CON Nit 830039670-5- y la Odontóloga IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO con una duración laboral de tiempo completo así y de forma permanente laborando durante 9 AÑOS consecutivos y de manera ininterrumpida para el DISPENSARIO MEDICO BASER 6, a continuación relaciono los contratos celebrados en todos estos años:*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 007/2008 del 02 de enero al 30 de junio de 2008*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 127/2008 del 15 de julio al 31 de diciembre 2008*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 004/2009 del 15 de enero al 31 de marzo de 2009*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 105/2009 del 01 abril al 30 de septiembre de 2009*
 - Adición contrato por prestación de servicios como Odontóloga 105/2009 del 01 octubre al 31 de diciembre de 2009*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 016/2010 del 05 de enero 930 de junio de 2010*
 - El contrato comprendido entre julio y diciembre de 2010 se me extravió, pero este reposa en los archivos del dispensario médico Baser# 6*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 006/2011 del 07 de enero al 30 junio del 2011*
 - Adición contrato por prestación de servicios como Odontóloga 006/2011 del 30 de junio al 31 de agosto del 2011*
 - Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 145/2011 del 01*

- de septiembre al 31 de diciembre del 2011*
- *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 042/2012 del 16 de enero al 31 de diciembre del 2012*
 - *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 034/2013 del 15 de enero al 30 de septiembre del 2013*
 - *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 155/2013 del 16 de noviembre 8131 de diciembre del 2013*
 - *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 51/2014 del 15 de enero al 15 de julio del 2014*
 - *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 139/2014 del 16 de julio al 31 de diciembre del 2014*
4. *En el año 2015 la contratación por prestación de servicios profesionales fue celebrada entre LA NACIÓN- CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE "CENAC 'BAGUE" con Nit 800.130.740-1 -IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO para laborar igualmente en el DISPENSARIO MEDICO BASER No 6 como ODONTÓLOGA, de la siguiente manera:*
- *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 058/2015 de 15 de enero al 15 de junio del 2015*
 - *Contrato por prestación de servicios como Odontóloga 110/2015 del 20 de junio al 15 de diciembre del 2015*
 - *Adición por prestación de servicios como Odontóloga contrato 110 /2015 del 15 de diciembre al 31 de diciembre del 2015 está adición se encuentra en el archivo del CENAC IBAGUE*
5. *En julio del 2008 y por orden del entonces director del dispensario médico, MAYOR CELY BARAJAS JAVIER GUILLERMO mi poderdante fue trasladada al consultorio odontológico de la base militar de ANCÓN Antigua Brigada de la ciudad de Ibagué para prestar apoyo como odontóloga a todo el personal de la Brigada Móvil # 21 quien era comandado por el entonces*
6. *Bajo la subordinación del CORONEL RETIRADO CARLOS VICENTE PRADA GARCÉS, durante más o menos 3 años y medio mi poderdante estuvo apoyando a dicha brigada asistiendo a diferentes zonas de orden público tales como Villa Rica Tolima, Tres esquinas Tolima, Colombia Huila, Prado y Dolores, entre otras, en esas bases militares se le imponía pernoctar días e incluso semanas atendiendo al personal hasta que llegara la orden de regresar a Ibagué.*
7. *Aproximadamente tres años y medio después por orden de la MAYOR LUZ MARINA ROJAS quien era en ese entonces la directora del dispensario médico nuevamente le asignaron la atención de beneficiarios del sistema de salud ya que la MAYOR manifestaba que la aquí accionante estaba adscrita al Basar 6 y no a la brigada móvil 21, por lo tanto, ordenaba planillar pacientes nuevamente a través del centro de atención telefónica de 7 am a 1 pm.*

8. *A finales del año 2013 por orden del TENIENTE CORONEL ANTONY GUZMÁN entonces director del dispensario médico la señora GONZÁLEZ PERDOMO fue redireccionada nuevamente a laborar en el consultorio odontológico del dispensario médico Baser 6 con un horario estipulado del 11 am a 5 pm.*
9. *El día 29 de julio de 2015 mi poderdante presento solicitud al señor MAYOR CARLOS IVÁN SÁNCHEZ entonces director del Dispensario Médico para la suspensión temporal del contrato por prestación de servicios profesionales No 110/2015 en ejecución por entrar a licencia de maternidad, dicha licencia iniciaba a partir del día 13 de agosto de 2015 ordenada por SALUDCOOP EPS, anexando a esta fotocopia de la incapacidad y de la historia clínica.*
10. *Para inicios de este año 2016 informa el señor TENIENTE CORONEL HERNÁN BUITRAGO SUBDIRECTOR DEL DISPENSARIO MÉDICO que no pueden contratar a mi poderdante debido a que no había llegado presupuesto para contratación de OPS para odontología*
11. *Mi poderdante se encontraba en periodo de lactancia para enero del 2016, pero al parecer la Dirección General de Sanidad o tal vez el mismo Dispensario Médico hicieron caso omiso a su situación, sabiendo que ella se encontraba en tal condición y tenía una estabilidad laboral reforzada.*
12. *Mi poderdante recibía mensualmente un salario como retribución a su servicio, cumplía un horario y por parte de las directivas y de manera verbal le exigían que debía cumplir un horario de 8 horas es decir 48 horas laborales e incluso querían que trabajara los sábados.*
14. *La totalidad de los elementos para prestar el servicio contratado eran suministrados por la demandada entre otros: instalaciones físicas, equipos odontológicos, medicamentos, papelería, línea telefónica, computador, transporte, software, etc.*
15. *En los contratos del año 2015 se exigía cumplir como mínimo con un total de 160 a 168 horas mensuales, de igual manera se exigía un informe mensual de productividad en donde se ve reflejada las horas exigidas a laborar, las horas efectivas laboradas y el porcentaje total de cada mes trabajado.*
16. *Mi poderdante debía laborar en unidades militares, jamás se le permitió laborar desde un consultorio privado, siempre debía reportarse al servicio y atender las órdenes de las directivas de dichas unidades que generalmente eran militares.*
17. *Los servicios prestados por mi mandante eran personales y exclusivos, así mismo contaba con un horario estatuido por la entidad, una remuneración pactada.*
18. *Mi poderdante por disposiciones del EJERCITO NACIONAL, y en la*

modalidad de contratación se le obligó a pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social, así como a asumir los descuentos que tributariamente se imponía para este tipo de contratos.

19. *En los periodos en los cuales se terminaba un contrato y mientras se suscribía el siguiente, a mi poderdante se le imponía trabajar en horario normal y en idénticas condiciones a las que venía desempeñando.*
 20. *Mi poderdante jamás se le equiparó su condición de ODONTÓLOGA, a cargo alguno de la planta personal, que desempeñara el mismo cargo en con la misma profesión.*
 21. *Mi poderdante al no ser vinculada a la planta de personal jamás se le dio los beneficios propios de los funcionarios de planta de la entidad, siendo discriminada por la entidad a la cual le prestó su fuerza de trabajo.*
 22. *Mi poderdante jamás gozó de vacaciones de ninguna índole, por el contrario, se le obligaba a permanecer en su puesto de trabajo de forma permanente, violentando su estado de salud.*
 23. *A mi poderdante la demandada tampoco le pagó la licencia de maternidad.*
 24. *Mediante Derecho de petición de fecha 01 de diciembre de 2016, radicado en las instalaciones del EJERCITO NACIONAL en calidad de apoderado solicité lo siguiente:*
 - *Reconocer que entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO y el Nación-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCION DE SANIDAD DEL EJERCITO, existió una relación laboral entendida como contrato realidad.*
 - *Solicito el pago retroactivo de los reajustes salariales equivalente al mismo cargo que desempeña mi poderdante en la planta de personal.*
 - *Solicito el pago de cesantías y sus intereses, auxilio por enfermedad o accidente de trabajo, subsidio por incapacidad, primas de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, prima técnica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de antigüedad convencional, devolución de dineros por retención en la fuente, auxilio escolar, aportes a la seguridad social, dominicales y festivos, indemnización moratoria e indexación.*
 - *Aplicar el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, y artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.*
24. *EI día 17 de septiembre 2017, en las instalaciones TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ — SALA LABORAL, en calidad de apoderado, interpongo Acción de tutela, solicitando lo siguiente:*
- *PRIMERO: Tutelar el Derecho fundamental de Petición, a favor del señor (a) IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO.*
 - *SEGUNDO: ORDENAR al GENERAL ALBERTO MEJÍA FERRERO en*

calidad de representante legal y comandante del EJÉRCITO DE COLOMBIA para que resuelva de fondo (de forma positiva o negativa) el derecho de petición radicado en sus dependencias el día 01 de diciembre de 2016.

25. Mediante fallo calendarado el día 04 de octubre de 2017, el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ — SALA LABORAL-Honorable Magistrada Bella Lida Montaña Perdomo amparó el derecho fundamental de petición de mi mandante y dispuso: 'ORDENAR a la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del momento de la notificación de la presente decisión, emita respuesta de fondo a la petición.

26. El día 10 de noviembre de 2017, en las instalaciones TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ — SALA LABORAL, en calidad de apoderado, interpongo incidente de desacato, solicitando lo siguiente:

(...)

27. Mediante Acto Administrativo Oficio No. 5774 MDN-CGEM- COEJC-SECJ-JEMOP-DIV05-BR6-BASPC6ESM51⁷⁵^{1.5} de fecha 4 de agosto de 2018, fue allegado a mi dirección de notificación el día 08 de agosto de la misma anualidad, es preciso indicar que el mismo no abrió términos para interponer recursos de vía gubernativa, quedando efectivamente ejecutoriado al día siguiente de la recepción de este al momento de ser recibido en mi oficina de abogado, el Ministerio de Defensa Nacional — Comando General de las Fuerzas Militares — Ejército Nacional — Establecimiento de Sanidad Militar No 5175, dio respuesta a la solicitud de reclamación administrativa de fecha 01 de diciembre de 2016, indicando lo siguiente:

- a... en lo solicitado de la declaratoria de la relación laboral y pago de acreencias, no es posible acceder favorablemente a su solicitud,' (...)"

HECHOS DONDE EXISTE CONTROVERSIA

En este punto, es menester señalar que en la audiencia inicial durante la fijación del litigio, se establecieron los hechos sobre los cuales existía controversia², donde las partes estuvieron de acuerdo, de conformidad a lo señalado en el libelo demandatorio y la contestación de la demanda:

“El apoderado judicial de la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, manifiesta que a su prohijada le asiste derecho a que se declare la existencia de una relación laboral entre el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, al haber prestado sus servicios como odontóloga, y por ello se condene a la demandada, a que le reconozca y pague las prestaciones sociales a que hubiere lugar.

² Ver folio 268 y reverso del plenario.

Argumenta, que en el caso bajo estudio se encuentra acreditados los elementos necesarios para predicarse una relación laboral, y no contractual, pues la actora recibía mensualmente una retribución económica por su labor, cumplía horario, recibía órdenes por parte de las directivas, donde de manera verbal le exigían que debían cumplir un horario de 8 horas, es decir, 48 horas laborales e incluso le pedían que laborara los sábados. A su vez, indica que los elementos para desempeñar sus labores como odontóloga, eran suministrados por la entidad accionada, tales como las instalaciones físicas, equipos odontológicos, medicamentos, papelería, línea telefónica, computador, transporte entre otros.

De otra parte, indica que durante la relación laboral de su poderdante con la entidad, estuvo en estado de embarazo, donde se le desconoció su estabilidad laboral reforzada, al no haberse renovado su contrato al supuestamente no tener presupuesto para contratación de OPS por la especialidad de odontología.

En consecuencia, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, y se dé aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades del artículo 53 de la Constitución Política, al haberse celebrado contratos de prestación de servicios con su prohijada escondiendo una verdadera relación laboral.

Por su parte, el apoderado judicial de LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA. EJERCICIO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, se opone a la prosperidad de las pretensiones, afirmando, que los actos administrativos demandados se encuentran revestidos de legalidad, y por ello no es procedente reconocer ni pagar las acreencias laborales reclamadas por la actora, como quiera que lo único que existió fue una relación meramente contractual derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, para que ejerciera funciones como odontóloga de manera autónoma e independiente.

A su vez, indica que no es cierto que se hubiese transgredido algún tipo de derecho de la demandante, pues ella misma el 15 de agosto de 2015 fue quien solicitó que le fuera suspendido el contrato de prestación de servicios, en aras de poder gozar de su licencia de maternidad, y dicha protección va hasta 3 meses después del parto, y la actora tuvo vinculación con la entidad hasta el 31 de diciembre de 2015.

Por consiguiente, solicita que se niegue las pretensiones de la demanda, puesto que no se encuentra acreditado los elementos necesarios para predicarse la existencia de una relación laboral, como quiera que la labor de odontóloga desempeñada por la demandante, se derivó de un contrato de prestación de servicios, donde no hubo subordinación, por el contrario, siempre actuó de acuerdo a su autonomía técnica, administrativa y financiera como contratista.”

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante Auto del 09 de diciembre de 2019, se avocó conocimiento del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³.

Posteriormente, se profirió Auto de fecha 25 de enero de 2021⁴, citándose a las partes y al Ministerio Público para audiencia inicial, celebrándose dicha diligencia el día 03 de marzo de 2021⁵, dentro de la cual se ordenó la práctica de pruebas testimoniales, y se fijó fecha para audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo el 12 de mayo de 2021⁶, practicándose las pruebas testimoniales y las documentales, y finalmente, se ordenó correr traslado para alegar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

Mediante escrito visto a folios 332 a 353 del plenario, el apoderado de la parte actora allega escrito con sus alegatos de conclusión, manifestando, que a través del material probatorio documental y testimonial, se logra acreditar los elementos para configurarse un contrato realidad entre la demandante y la Dirección De Sanidad Del Ejército, cuando prestaba sus servicios como odontóloga de dicha entidad.

Reitera, que su prohijada laboró como odontóloga desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015 al servicio de la Dirección De Sanidad Del Ejército, ejerciendo funciones misionales de la entidad de manera directa y personal, siendo subordinada en todo momento, usando los elementos que la demandada ponía a su servicio y que estaban dentro de sus instalaciones, como computadores, papelería, consultorio, material quirúrgico, insumos, entre otras.

Afirma, que la relación laboral siempre fue disfrazada a través de un contrato de prestación de servicios, el cual no obedecía a la realidad, desconociéndose el pago de salarios y prestaciones sociales de los que si disfrutaba el personal de la Dirección De Sanidad Del Ejército, razones en las que se funda para solicitar que se acceda a las pretensiones de la demanda, y se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Entidad demandada

De otro lado, el apoderado de la entidad accionada allegó sus alegatos en escrito visible a folios 322 a 330 del plenario, insistiendo que los actos administrativos

³ Ver folio 216 y reverso del plenario.

⁴ Ver folios 254 a 256 del cartulario.

⁵ Ver folios 264 a 272 del expediente.

⁶ Ver folios 309 a 314 del plenario.

atacados se encuentran ajustados a la ley, como quiera que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pues sus servicios como odontóloga fueron brindados a través de contratos de prestación de servicios, de manera autónoma e independiente.

Por lo anterior, sostiene que no hay material probatorio que acredite que realmente hubo una relación laboral entre las partes, evidenciándose la inexistencia de un vincula laboral, y si bien es cierto, en ocasiones debía cumplir los llamados turnos, estos realmente obedecían a las citas que tenía asignadas organizadas mediante el call center y los usuarios del dispensario médico, sin que con ello sea suficiente para acreditarse el elemento de la subordinación, l ser una actividad simplemente coordinad con el contratista.

En consecuencia, solicita que se declaren probadas las excepciones propuesta con la contestación de la demanda y se nieguen las pretensiones del presente medio de control, al no configurarse los elementos para declararse la existencia de una relación laboral, como lo alega la parte actora.

Ministerio Público

Con escrito visto a folios 355 a 363 del plenario, el representante del Ministerio Publico allegó su concepto, manifestando, que en cuanto al primer elemento, esto la prestación personal del servicio, alude, que no hay discusión respecto al cumplimiento de las labores contratadas por parte de la actora, el tiempo de vigencia de los contratos y que los mismos fueron prestados por la demandante como odontóloga.

Señala, que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra probado que al actora prestó sus servicios sin solución de continuidad durante los siguientes periodos: i) de 01 de febrero de 2007 al 30 de junio de 2010, ii) del 07 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2013, y iii) y del 16 de noviembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015, lo cual fue a través de contratos sucesivos de prestación de servicios.

Durante la prestación de servicios, alude que con el material que reposa en el plenario, no se evidencia que la actora hubiese prestado sus servicios de forma autónoma o independiente, pues debía ajustarse a los turnos que le fueran asignados por la entidad, de acuerdo a las necesidades del servicio, impidiéndole que pudiera ejercer su profesión de odontóloga independiente y a otras entidades públicas o privadas.

Por lo cual, afirma que si bien es cierto la demandante se vinculó mediante contrato de prestación de servicios, lo que existió fue una relación subordinada,

simulando una relación contractual cuando en la realidad obedecía a una relación laboral subordinada, configurándose el segundo elemento.

Aunado a ello, señala que también se encuentra probado el tercer elemento, esto es, el pago de una remuneración, pues está probado que durante la prestación del servicio, a la actora le pagaron mensualmente por las funciones y actividades que eran ejecutadas por ella, de conformidad a lo pactado en el contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, solicita que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarándose que existió una relación laboral entre las partes durante el 01 de febrero de 2007 al 30 de junio de 2010; el 07 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2013, y del 16 de noviembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015, pero declarándose la prescripción de los derechos laborales entre el 01 de febrero de 2007 al 30 de junio de 2020 y el 07 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2013.

A su vez, solicita que se condene a la demandada, a que pague a favor de la actora el mayor valor, si existió, que consiste entre la diferencia entre lo pagado a la accionante y lo percibido por todo concepto (excepto trabajo suplementario), de una odontóloga de planta de la entidad en el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015, y se nieguen las demás pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para conocer en primera instancia el presente asunto, conforme a lo dispuesto por el artículo 152 del C.P.A.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Tal como quedó establecido en la fijación del litigio de la celebración de la audiencia inicial, el problema jurídico de fondo a resolver, se contrae a establecer si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato realidad), desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como odontóloga a favor de la entidad demandada, o si por el contrario, no hay lugar al pago de ningún emolumento ante la existencia de una relación contractual, como lo considera la apoderada judicial de la entidad accionada.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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

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

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

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. **La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.**”*¹ (Se destaca)

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

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

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.”

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

Además, porque si bien la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad y que conlleva a que deban someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. **Sin que por ello deba predicarse, que en todos los casos, lo que se presenta es un contrato realidad.**

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

“Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

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

Por otro lado, específicamente, el tema de la subordinación en el contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr.

Hernando Herrera Vergara, al analizar la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral, definió:

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales-contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*** (Destaca la Sala)

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

En este mismo sentido, nuestro órgano de cierre en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad que se acrediten fehacientemente los tres

elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma **subordinada y dependiente** respecto del empleador, razonando de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)

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

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

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

Lo anterior traduce, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independiente de la denominación jurídica que se les haya dado a dicha relación. Lo anterior, ha sido el lineamiento que nuestro órgano de cierre ha venido manejando es así como en sentencia del 08 de mayo de 2014, proferida dentro del expediente Nro. 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, quien al tratar nuevamente sobre el elemento subordinación al tratar de acreditar una relación laboral, expuso:

“En sentencia de 18 de noviembre de 2003⁷, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación” aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁸ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos (...)

Así las cosas, y acuerdo con lo anteriormente expuesto se recoge que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, **que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público,**

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

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

DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

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

“En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» (...) los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.”

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, previó la segunda regla en cuanto a la flexibilización que debe tener en cuenta el

Juez al momento de determinar si hubo solución de continuidad, previendo un término de 30 días hábiles entre un contrato y otro, señalando:

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

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

“En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (...) tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Por consiguiente, dado que corresponde al

*contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.***”

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

“(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

“(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

“(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.”

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

El H. Consejo de Estado en decisión de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente Nro. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), unificó su jurisprudencia en torno al tema del contrato realidad en cuanto a la prescripción, sobre el cual efectuó las siguientes precisiones:

“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la

Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto a la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tiene lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

(...)

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por no tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el

derecho de acceso a un pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(...)

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

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

“(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre la posición de la prescripción en torno al contrato realidad, fue reiterada en la reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde señaló:**

“*Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, [...] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. [...] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral. Unificación del*

término de interrupción o solución de continuidad. [...] [A]unque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. [...] (subraya fuera del texto original)

A su vez, el Consejo de Estado complementó la anterior regla, indicando⁹:

*“[C]omo complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones: **Primera:** cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades. **Segunda:** en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.”*

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

⁹ Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha 09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, encontramos que la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, pretendiendo que se declare la existencia de un contrato laboral (realidad) desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como odontóloga a favor de la entidad demandada, debiéndose ordenar el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales causadas durante dicho tiempo y aportes a la seguridad social.

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

En este orden de ideas, la Sala procede a resolver la litis del sub iudice, el cual se contrae a establecer si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato realidad), desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como odontóloga a favor de la entidad demandada, o si por el contrario, no hay lugar al pago de ningún emolumento ante la existencia de una relación contractual, como lo considera la apoderada judicial de la entidad accionada.

Ante dichas circunstancias, se procede a analizar si a través del material probatorio que reposa en el plenario, se logran acreditar los elementos constitutivos de una relación laboral entre la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y la parte actora, para lo cual se trae a colación las pruebas documentales aportadas al plenario¹⁰, así:

¹⁰ Hechos probados de acuerdo a las pruebas aportadas en el plenario, que fueron enunciados durante la audiencia inicial y de los cuales las partes estuvieron de acuerdo, tal y como se observa a folio 267 del plenario.

- _A folio 53 del plenario, reposa acuerdo de contrato de asociación, suscrito entre la actora como trabajadora asociada y la entidad demandada, para prestar sus servicios como odontóloga, desde el 01 de febrero al 31 de agosto de 2007.
- La señora IRINA GONZALEZ PERDOMO, estuvo vinculada a la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Operativos, Técnicos y Profesionales desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre del mismo año, donde prestó sus servicios como odontóloga en el Dispensario Médico del Batallón No. 6 FRANCISCO ANTONIO ZEA, folio 61 del expediente.
- A folios 54 a 118, folios 131 a 133, folios 164 a 166 y folios 185 a 197 del plenario, reposan contratos de prestación de servicios, suscritos por la accionante con la entidad demandada, para desarrollar actividades como odontóloga, durante los siguientes periodos:
 - 02 de enero al 30 de junio de 2008.
 - 15 de julio al 31 de diciembre de 2008.
 - 15 de enero al 31 de marzo de 2009.
 - 01 de abril al 30 de septiembre de 2009.
 - 01 de octubre al 31 de diciembre de 2009.
 - 05 de enero al 30 de junio de 2010.
 - 07 de enero al 30 de junio de 2011.
 - 30 de junio al 31 de agosto de 2011.
 - 01 de septiembre al 31 de diciembre de 2011.
 - 16 de enero al 31 de diciembre de 2012.
 - 15 de enero al 30 de septiembre de 2013.
 - 16 de noviembre al 31 de diciembre de 2013.
 - 15 de enero al 15 de julio de 2014.
 - 16 de julio al 31 de diciembre de 2014.
 - 15 de enero al 15 de junio de 2015.
 - 20 de junio al 15 de diciembre de 2015.
 - 15 de diciembre al 31 de diciembre de 2015.
- A folios 134 a 146 del expediente, reposa cuadros de citas que debían ser atendidas por la demandante, cuando ejerció sus actividades como odontóloga al servicio del Batallón No 6 FRANCISCO ANTONIO ZEA.
- La demandante mediante oficio del 29 de julio de 2015, solicitó que le fuera suspendido el contrato de prestación de servicios No. 110 de 2015, para poder gozar de su licencia de maternidad desde el 13 de agosto de 2015. El día 30 de octubre del mismo año, informó a la entidad que el día 19 de noviembre debía retornar a sus labores para darle continuidad al contrato referenciado, ver folios 202 y 203 del plenario.

- La demandante a través de apoderado judicial, elevó reclamación administrativa ante la accionada, solicitando que se declarará la existencia de una relación laboral entre ellas, desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en que se desempeñó como ODONTÓLOGA, así como el pago de prestaciones sociales derivadas de la misma y pagos de la seguridad social, la cual reposa a folio 43 a 56 del cartulario.
- Mediante oficio No. 5774 del 04 de agosto de 2018, el Director del Establecimiento de Sanidad Militar 5175 de Ibagué, negó el reconocimiento de una relación laboral entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO y la demandada, y por ello no accederían al pago de las prestaciones sociales deprecadas, tal y como se advierte a folio 42 y reverso.

Relacionado lo anterior, se procede analizar si se encuentran acreditados los elementos necesarios para configurarse una relación laboral.

1. Elementos constitutivos de una relación laboral

Sobre los elementos constitutivos de una relación laboral, el Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, reiteró que la figura del contrato realidad se aplica cuando se acredita la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.

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

1.1 **Prestación personal del servicio**

Frente al primer elemento de la relación laboral, concerniente a la **prestación personal del servicio**, se advierte que en el plenario reposa acuerdo de contrato de asociación, suscrito entre la actora como trabajadora asociada y la Cooperativa De Trabajo Asociado De Servicios Operativos Técnicos Y Profesionales Ltda “Coosertep Ltda”, para prestar sus servicios como odontóloga en LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL.

Así mismo, reposan diversos contratos de prestación de servicios suscritos por la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO como contratista y la demandada en calidad de contratante, para desarrollar actividades como ODONTÓLOGA en las instalaciones del Dispensario Médico del Batallón No. 6 FRANCISCO ANTONIO ZEA, ubicado en el batallón roocke km 2 vía Armenia pues así quedó dispuesto en los contratos¹¹.

En ese orden de ideas, evidencia la Sala que la demandante ejercía sus funciones como ODONTOLÓGA, dentro de las instalaciones del dispensario médico, de forma directa y personal, en principio, cuando era contratada mediante cooperativas, y después, prestaba sus servicios a través de contratos de prestaciones de servicios celebrados de forma directa con la accionada, configurándose el primer elemento del contrato realidad.

1.2 Remuneración

En cuanto al segundo elemento referente a la remuneración, este se encuentra plenamente acreditado, ya que dentro de los contratos de prestación de servicios que suscribió la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL con el hoy actor, se pactó el pago de unas sumas dinerarias que se les dio la denominación de “honorarios”, los cuales si bien es cierto, en ocasiones no iban directamente a favor de la demandante, si eran dirigidos a las cooperativas intermediarias para que la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, prestará sus servicios cómo ODONTÓLOGA, lo que en realidad devienen a constituir en la **remuneración respectiva en virtud a la ejecución de la actividad por la que fue contratada la demandante.**

Como quiera que los elementos de la prestación personal del servicio y remuneración se encuentran debidamente acreditados, se procede a estudiar el último elemento y más importante, correspondiente a la subordinación, para determinar si efectivamente hubo una relación laboral, al ser el elemento en el que existe mayor discrepancia entre las partes.

1.3 Subordinación

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

¹¹ Ver reverso folio 62 del plenario.

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

confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.”

Conforme a lo precisado por nuestro máximo órgano de cierre, la subordinación radica sobre la potestad de dirección del empleador, la cual se configura cuando se destina un lugar de trabajo específico, se imponen horarios laborales, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar ya sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, y que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

Ante ello, es menester reiterar que el demandante se desempeñaba como **ODONTÓLOGA** al servicio de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL.

Por lo tanto, es necesario traer a colación el objeto de los contratos por prestación de servicios suscritos entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO y LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL¹²:

" EL CONTRATISTA de manera independiente y de su libre espontaneidad, es decir, sin que exista subordinación y dependencia ni de ningún orden y vínculo laboral de ninguna naturaleza se obliga para con la DIRECCIÓN DE SANIDAD EJÉRCITO a prestar sus servicios MÉDICOS como ODONTÓLOGA POR TIEMPO COMPLETO EN EL DISPENSARIO MÉDICO UBICADO EN LAS INSTALACIONES DEL BATALLÓN ROOKE KILÓMETRO 2 VÍA ARMENIA, servicio que desarrollará en forma independiente y con total autonomía técnica administrativa y 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 o lugares donde así lo requiera LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO. Por su parte pagar al contratista como retribución por los servicios prestados una contraprestación económica según las tarifas y forma de pago acordada en virtud del presente contrato.”

Es decir, que contrataban personal profesional u operativo idóneo para el desarrollo del objeto misional de la DIRECCIÓN DE SANIDAD, en este caso, fue con la odontóloga IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, el cual también ejerció sus funciones mediante tercerización a través de cooperativa, contratos de asociación en los que se precisó que sus servicios serían prestados en Sanidad Militar – Batallón¹³.

¹² Ver folio 62 del cuaderno principal.

¹³ Ver folio 53 del plenario.

Así mismo, reposa cuadros de citas de los pacientes que debían ser atendidas por la odontóloga IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, cuando ejerció sus actividades al servicio del Batallón No 6 FRANCISCO ANTONIO ZEA, los cuales reposan a folios 134 a 146 del plenario.

Aunado a ello, se practicaron las pruebas testimoniales solicitadas por el apoderado judicial de la parte demandante, de las cuales se extrae las siguiente:

Carlos Vicente Prada Garcés¹⁴

Manifestó, que es Coronel retirado del Ejército Nacional, quien manifestó que durante la prestación de sus servicios conoció al a señora Irina, al haber llegado a trabajar en su unidad, en principio en Saravena Arauca, y luego a la ciudad de Ibagué en el año 2006, donde fungía como Segundo Comandante de la Sexta Brigada, donde tenía bajo su jurisdicción todo el Departamento del Tolima.

Precisó, que a principios de 2008 lo trasladaron como Comandante de la Brigada Móvil 21, teniendo a su cargo Villarrica, por ello le consta que la actora estuvo laborando en el Ejército al haber estado bajo su mando directo, ya que fue él quien pidió los servicios de una odontóloga, y le enviaron a la señora Irina para que atendiera al personal bajo su mando el cual era de unos 1.300 hombres.

Señaló, que la actora debía desplazarse hasta Villarrica cada 15, 20 o 30 días, de acuerdo a los pacientes que tuviera que atender, haciendo uso de una unidad portátil de odontología que le asignaba el Ejército, haciéndose en un salón de la escuelita del pueblo para poder atender a sus soldados, trabajando parte de su tiempo en el dispensario de la ciudad de Ibagué, del cual había uno en el barrio ancón y otro en el barrio Ricaurte con sus respectivas unidades de odontología, y en otras ocasiones iba a Villarrica o donde la necesitaran y hubiesen tropas, siendo los comandantes quienes sacaban las lista de soldados para que fueran atendidos por ella.

Mencionó, que la demandante no era la única odontóloga, pues estaba la Doctora Paloma y Paulina, las cuales algunas eran de planta, mientras que la Dra Irina estaba por orden de prestación de servicios, recibiendo sus respectivos pagos por la labor prestada, cumpliendo horarios y recibiendo ordenes, como las que él le daba como comandante, sin que pudiera ejercer sus funciones de forma autónoma e independiente, siendo el Ejército quien le suministraba los insumos, sin poder ausentarse de su labor, sin previa autorización, pues si evadía sus obligaciones podían cancelarle el contrato.

¹⁴ Ver audiencia de pruebas visible en el CD a folio 309 del plenario, minuto 00:10:55 a minuto 00:41:11.

Liuver Córdoba Riveros¹⁵

Manifiesta que es militar reiterado del Ejército Nacional, que conoció a la actora, cuando fue trasladado a la ciudad de Ibagué, al haber sido asignado en el dispensario médico en el año 2012 hasta el año 2014, laborando como tecnólogo de radiología y auxiliar de tesorería, siendo el encargado de realizar los pagos de las OPS debiendo mantener disponibilidad de 24 horas, siendo lo común con todos los militares, pero el servicio en el dispensario iniciaba a las 7 am y terminaba a las 6 de la tarde, es decir, 18 horas.

Señaló, que a la demandante le daba órdenes el Coronel Guzmán quién era el Director del dispensario, órdenes referentes a la atención del usuario, es decir el cumplimiento de sus funciones, por ejemplo, en las incorporaciones siempre enviaban un odontólogo lo cual era ordenado por el Coronel. Seguidamente, menciona que la actora debía cumplir horario de acuerdo a las citas que se le ordenaban o se le asignaban en el call center, las citas eran cada 20 minutos, debiendo entrar a las 7 de la mañana hasta las 4 de la tarde, esto es, 8 horas de acuerdo a lo que se hubiese pactado en los contratos y al agendamiento de las citas, haciéndolo en las instalaciones de la Dirección Sanidad, con los insumos que eran administrados por parte del dispensario.

En cuanto al personal de planta, manifestó que había 3 odontólogas de planta y una por OPS, quien era la señora Irina, aludiendo, que las de planta eran personal civil que debían estar disponibles por si ocurría alguna urgencia y su horario era de lunes a sábado, mientras que la de OPS no debían estar disponibles, y sus horarios eran de lunes a viernes, debiendo cumplir con el horario de las citas que le eran agendadas, y si no podían acudir al dispensario para atender a sus pacientes, debían manifestarlo.

De conformidad con el material probatorio relacionado en precedencia, se dilucida que la demandante ejercía sus servicios como odontóloga al servicio de la Dirección De Sanidad Del Ejército Nacional, debiendo cumplir horario de acuerdo a los pacientes que le eran asignados a través del call center, de lunes a viernes durante las 7 am a las 4 pm.

Aunado a lo anterior, los insumos e instalaciones para cumplir con el objeto contractual eran suministrados por la misma entidad, debiendo no solo fungir como odontóloga en el dispensario, sino también, a otros lugares como lo era cuando la enviaban a Villarrica para atender a los soldados que requerían de sus servicios, debiendo someterse a las órdenes que le brindaba sus superiores, como lo eran los desplazamientos que debía realizar, atención de los pacientes y

¹⁵ Ver audiencia de pruebas visible en el CD a folio 309 del plenario, minuto 00:45:00 a minuto 01:00:48.

cumplimiento de horario, sin que pudiera ausentarse de su puesto de trabajo sin previa autorización.

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

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

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

“En suma, el ordenamiento jurídico nacional proscribe la simulación del contrato estatal de prestación de servicios para evadir el pago de prestaciones sociales y otras garantías propias de la relación laboral ocultada, en tanto dicha práctica no solo es contraria a la Constitución y a la ley, sino que conduce, irremediamente, a la precarización de las condiciones socioeconómicas mínimas para la supervivencia digna de los trabajadores.

*118. Por todo lo anterior, siendo consciente de la complejidad de la Administración Pública y de sus necesidades, pero con el ánimo de reducir las posibilidades de emplear el contrato de prestación de servicios **para ocultar el desarrollo de actividades misionales asignadas a cada ente, y la consecuente declaración judicial de una relación laboral encubierta o subyacente**, esta Sala aprovecha la oportunidad para invitar a la Administración a que acuda, de manera preferente, a la figura de los empleos temporales (artículo 21 de la Ley 909 de 2004) y, de forma subsidiaria a la de los supernumerarios (artículo 83 del Decreto 1042 de 1978), comoquiera que se consideran los instrumentos jurídicos que mejor articulan el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado.”* (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior y al material probatorio que reposa en el plenario, no es de recibo los argumentos esbozados por la demandada, al afirmar, que las funciones desempeñadas por la actora fueron de forma autónoma, en primer lugar, porque atendiendo las funciones que ejercía las mismas no se pueden ejercer de forma independiente y autónoma, pues debía ajustarse a las citas que le eran asignadas a través del call center, debiendo acudir a otros municipios para

la atención de soldados, y, en segundo lugar, porque la figura del contrato de prestación de servicios, no puede ser usada para ocultar el desarrollo de actividades misionales, como ocurrió en el caso bajo estudio.

Aunado a lo anterior, es de resaltar que las funciones como odontóloga que eran desempeñadas por la señora Indira González, también era ejercida por 3 odontólogas de planta, que la única diferencia entre ellas, era que las de planta debían estar prestas para alguna urgencia y atención a usuarios los días sábados, pero todas debían ajustarse a los turnos de acuerdo al agendamiento de citas, siendo subordinadas por sus comandantes, al deber cumplir con las directrices que ellos les daban, haciendo uso de las instalaciones e insumos del dispensario o de la unidad portátil dado el caso que tuviera que desplazarse.

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

2. De la tercerización

De conformidad con el material probatorio que reposa en el plenario, se encuentra plenamente acreditado que la señora IRINA GONZALEZ PERDOMO, en principio, prestó sus servicios como ODONTÓLOGA en la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL por intermediación de la Cooperativa De Trabajo Asociado De Servicios Operativos Técnicos Y Profesionales Ltda “Coosertep Ltda”, **vinculación que se encuentra prohibida cuando se pretende ejercer actividades misionales de las entidades estatales.**

Al respecto, el apoderado judicial del actor sostiene que hubo tercerización e intermediación laboral, para lo cual es necesario traer a colación la sentencia proferida dentro del proceso con radicación No. 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16), por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 06 de julio de 2017, C.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, donde señaló la prohibición de contratar a través de cooperativas de trabajo asociado u otra forma de intermediación laboral actividades misionales permanentes, y estableció la diferencia entre intermediación y tercerización, para lo cual indicó:

“La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de la Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de

Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares. Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en la norma parcialmente demandada y objeto de estudio de esta providencia. Empero, la doctrina ha definido **esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios.**" (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia del 30 de marzo de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 25000-23-25-000-2008-00137-01(0727-13), C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez, se pronunció sobre la tercerización laboral en las empresas sociales del estado, indicando, que la misma es procedente siempre que no se refiera a funciones permanentes:

*"La Corte Constitucional ha puntualizado que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, **solo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados** (...)"* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

En ese orden de ideas, se observa que en el caso bajo estudio la demandante en principio se vinculó por tercerización laboral a través de cooperativa que se subcontrató la labor desempeñada por la señora IRINA GONZALEZ PERDOMO, siendo procedente ese tipo de contratación siempre y cuando la misma no obedezca a una actividad misional, permanente o propia de la entidad, y cuando dicha labor no pueda ejecutarse por el personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Ante dichas circunstancias, se advierte que el objetivo¹⁶ y misión¹⁷ de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, están orientados a Diseñar y aplicar políticas, en el mejoramiento de la prestación de servicios integrales de salud, garantizando el apoyo de Sanidad en las operaciones de la Fuerza y la prestación de servicios integrales de salud en las áreas de promoción, así como garantizar la prevención, protección, recuperación y rehabilitación de los afiliados al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, adscritos a los Establecimientos de Sanidad Militar del Ejército Nacional.

Es decir, que dentro de las actividades misionales de Sanidad Militar del Ejército Nacional, se encuentra los servicios de odontología, los cuales están inmersos

¹⁶ <https://www.sanidadfuerzasmilitares.mil.co/direccion-sanidad-ejercito-nacional/institucional/entidad/capacidades-principios-objetivos-lineas/objetivos>

¹⁷ <https://www.sanidadfuerzasmilitares.mil.co/direccion-sanidad-ejercito-nacional/institucional/entidad/mision-vision>

dentro de la prestación de servicios integrales de salud, tanto así, que para la prestación de los mismos, tienen odontólogas de planta, y en tal sentido, al no tratarse de conocimiento especializados la demandante no podía ser contratada a través de prestación de servicios, pues lo que se dilucidó fue el encubrimiento de una relación laboral.

3. Del tiempo laborado por la demandante

Ahora bien, dentro del libelo demandatorio la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, pretende que se le reconozca la existencia de una relación laboral y se paguen las prestaciones sociales derivadas de ellas, desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015.

Por lo anterior, al revisar el material probatorio que reposa en el plenario, se desprende los siguientes tiempos:

- Del 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2007, a través de la Cooperativa De Trabajo Asociado De Servicios Operativos Técnicos Y Profesionales Ltda “Coosertep Ltda”¹⁸..
- Del 02 de enero de 2008 al 30 de junio de 2010, de forma directa con la demandada mediante contrato de prestación de servicios¹⁹.
- Del 07 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2013, de forma directa con la demandada mediante contrato de prestación de servicios²⁰.
- Del 16 de noviembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015, de forma directa con la demandada mediante contrato de prestación de servicios²¹.

De conformidad con lo esbozado, se advierte que se encuentra plenamente acreditado que la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO prestó sus servicios como ODONTÓLOGA para la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, desde el **01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2007**, a través de tercerización, y mediante contrato de prestación de servicios del **02 de enero de 2008 al 30 de junio de 2010; del 07 de enero de 2011 al 30 de septiembre de 2013 y del 16 de noviembre de 2013 al 31 de diciembre de 2015.**

Sumado a ello, de las pruebas testimoniales practicadas al señor Carlos Vicente Prada Garcés y el señor Liuver Córdoba Riveros, denota la Sala que tienen

¹⁸ Ver folio 61 del cuaderno principal

¹⁹ Ver folios 54 a 118 del cuaderno principal

²⁰ Ver folios 131 a 133 del cuaderno principal

²¹ Ver folios 164 a 166 y 185 a 1197 del cuaderno principal

conocimiento que desde el año 2008 la actora prestó sus servicios como odontóloga en la Dirección de Sanidad, y si bien es cierto, la demandada no aportó los contratos solicitados como pruebas, tampoco afirmó que la demandante no hubiera ejercido su labor sin solución de continuidad o que durante dichos periodos no hubiese fungido como odontóloga de dicha entidad.

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

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

Atendiendo la tesis, de nuestro máximo órgano de cierre, se dilucida que la Sala Plena acogió como término general 30 días hábiles, sin que esto impida que el Juez en cada caso particular tenga en cuenta un término mayor, para lo cual, dando aplicación a dicho precepto jurisprudencial de tal envergadura, esta Corporación advierte, que de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al plenario, si en algún momento llegó a ver alguna interrupción, la Sala dando aplicación a los principios de favorabilidad y el in dubio pro operario, favorecerá al trabajador, por lo que se entenderá que la relación laboral fue sin solución de continuidad, **desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015.**

Así las cosas, al acreditarse los elementos que conllevan a que se configure una relación laboral entre las partes, se entenderá que la relación laboral fue sin solución de continuidad, **desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015,** sin solución de continuidad, haciendo acreedora a la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO, al reconocimiento y pago de todos los emolumentos laborales, y de toda especie relacionada con el cargo que ostentó la demandante como **odontóloga**, de conformidad con lo dispuesto por el Honorable Consejo De Estado, periodos dentro del cual deberá pagar a favor de la parte actora todas las prestaciones sociales, que devengan un empleado de planta que ejerciera sus mismas funciones.

De los valores que se pagarán a favor de la demandante, deberá **descontarse** los dineros que hubiese percibido a su favor, por las prestaciones sociales, seguridad

social y demás emolumentos salariales, que hubieren efectuado las cooperativas o sociedades mediante las cuales estuvo vinculada.

A su vez, la Sala resalta que no accederá a la pretensión elevada por la demandante, dirigida a que se le haga devolución de los dineros descontados por pólizas y demás, pues el Consejo de Estado ha sostenido que en los casos como el bajo estudio, en los que se discute temas laborales, no sería el medio idóneo para solicitarlo²².

Así mismo, no es procedente acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada, puesto que es a partir de la ejecutoria de esta sentencia que determina la existencia de una verdadera relación laboral se hacen exigibles los derechos laborales y salariales, por ello a partir de allí surgiría para la demandada la obligación de pagarlas²³, por lo que tampoco es procedente el pago de la sanción solicitada al no haberle otorgado a la accionante los descansos remunerados derivados de su estado de embarazo, como quiera que dicha licencia debía ser sufragada por la EPS a la cual se encontraba afiliada, pues aún no estaba constituida una relación laboral.

4. De la prescripción de los derechos laborales

Resulta importante señalar, que la postura inicialmente adoptada por el Consejo de Estado²⁴, en torno a la prescripción de los derechos derivados de un contrato realidad, se edificaba sobre la premisa según la cual, en tratándose de estos asuntos, el derecho surge desde el momento en que mediante sentencia judicial se declaraba la existencia de una relación laboral, a ello se le conoce como sentencia constitutiva de derechos, por lo tanto afirma dicha corporación, no era posible predicar la prescripción de derechos frente a una obligación que no había nacido a la vida jurídica.

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

²² Ver sentencia del Consejo de Estado proferida dentro del proceso con radicación No. 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16), el 21 de junio de 2018, C.P: William Hernández Gómez.

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

²⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo-. Sentencia del 19 de febrero de 2009. C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez. Radicado Nro. 2000-03449-01.

Sobre el particular señaló:

“(…)

En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

*Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la **declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.***

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

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

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

*Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, **también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de***

que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.²⁵ (Negrillas fuera del texto original)

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

- La sentencia que reconoce la existencia de una relación laboral es constitutiva de derechos, y en consecuencia la exigibilidad de las prebendas reconocidas solo puede predicarse a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión judicial.
- La prescripción trienal de los derechos reconocidos, se cuenta a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva.
- El interesado debe acudir en un término razonable ante la administración para reclamar el reconocimiento de sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe hacerse dentro de los tres (3) años siguientes al rompimiento del vínculo contractual.

Visto lo anterior, tenemos que no existe duda que con el material probatorio que reposa en el plenario y los precedentes jurisprudenciales, se lograron acreditar los elementos necesarios para configurarse una relación laboral sin solución de continuidad entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO y la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, desde el **desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015.**

Por lo tanto, si el último contrato de servicios suscrito entre las partes finiquitó el 31 de diciembre de 2015, el accionante contaba hasta el 31 de diciembre de 2018, para solicitar el reconocimiento de la relación laboral, observándose que la primera reclamación administrativa se hizo el 01 de diciembre de 2016, es decir, sin que hubiere superado el término para que operará el fenómeno de la prescripción.

Corolario a lo anterior, y al haberse reclamado oportunamente la declaración de la existencia de la relación laboral, en los periodos referenciados en parte precedente, lo que se impone es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que hubiese tenido derecho los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, y que correspondiera al mismo cargo, que fue desempeñado por la demandante o afines, como lo era el de **odontóloga** teniendo en cuenta para ello, el valor pagado mensualmente por los servicios.

²⁵ Consejo de Estado, - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda -. Sentencia del 09 de Abril de 2014. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación Nro. 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)

De los valores que se pagarán a favor de la demandante, deberá **descontarse** los dineros que hubiese percibido a su favor, por las prestaciones sociales, seguridad social y demás emolumentos salariales, que hubieren efectuado las cooperativas o entidades mediante las cuales estuvo vinculada.

En el mismo sentido, atendiendo que el Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, prevé que los aportes por estos conceptos, corresponden en forma compartida por el empleador y el empleado, es menester precisar, que la accionada deberá tener en cuenta el periodo comprendido entre **el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015**, tomando el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sobre el porcentaje que el correspondía como empleador, advirtiéndose, que deberá descontar aquellos valores que hubiere efectuado las cooperativas a favor de la parte demandante.

Para efectos de lo anterior, la actor deberá acreditar que las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar completar, según el caso, el porcentaje que le incumplía como trabajadora, **tal y como se dejó señalado por el H. Consejo de Estado, en su Sentencia de Unificación, lo anterior, con el fin de evitar que se verifique un doble pago por este concepto**, siendo improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal²⁶.

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

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

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

Visto lo anterior, se tiene entonces que se encuentra plenamente acreditado la existencia de una verdadera relación laboral, entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZÁLEZ PERDOMO y la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO

²⁶ Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)**.

NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD, desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, al confluir los elementos propios que la caracterizan, asistiéndole derecho al accionante al reconocimiento al pago de las prestaciones sociales reclamadas durante dicho periodo.

En consecuencia, se DECLARARÁ la nulidad del acto administrativo contenido en el acto administrativo contenido en el oficio No. 5774 del 04 de agosto de 2018, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de declaratoria de una relación laboral entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, y negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ORDENARÁ a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, a que reconozca y pague a favor de la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, todas las prestaciones sociales a que hubiese tenido derecho los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, que ostentaran el mismo cargo de la actora, desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta para ello, el valor pagado mensualmente por lo servicios.

Reiterándose, que de los valores que se pagarán a favor de la demandante, deberá descontarse los dineros que hubiese percibido a su favor, por las prestaciones sociales, seguridad social y demás emolumentos salariales, que hubiere efectuado la cooperativa mediante la cual estuvo vinculada.

En el mismo sentido se debe tener en cuenta el tiempo laborado para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que no prescriben y que el Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, prevé que los aportes por estos conceptos, corresponden en forma compartida por el empleador y el empleado, **no obstante, y de haber sido cubiertos dichos aportes por el contratista, no habrá lugar a reembolsar o a devolver suma alguna a favor del accionante, tal y como se dejó señalado por el H. Consejo de Estado, en su Sentencia de Unificación**, siendo improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal²⁷.

Por último, se DECLARARÁ que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

²⁷ Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)**.

DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 1º del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la demandada, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

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

DE C I S I Ó N

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

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo contenido en el acto administrativo contenido en el oficio No. 5774 del 04 de agosto de 2018, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de declaratoria de una relación laboral entre la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, y negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, de conformidad con lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-DIRECCIÓN DE SANIDAD, a que reconozca y pague a favor de la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, todas las prestaciones sociales a que hubiese tenido derecho los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, que ostentaran el cargo de la demandante (odontólogo), **desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015**, teniendo en cuenta para ello, el valor pagado mensualmente por lo servicios.

Reiterándose, que de los valores que se pagarán a favor de la demandante, deberá descontarse los dineros que hubiese percibido a su favor, por las prestaciones sociales, seguridad social y demás emolumentos salariales, que hubiere efectuado la cooperativa mediante la cual estuvo vinculada.

TERCERO.- CONDENESÉ a la entidad demandada, a cubrir los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, desde el **desde el 01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015,** tomando para estos efectos como ingreso base de cotización (IBC) pensional del accionante los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, debiéndose descontar los aportes que hubieren realizado las cooperativas a favor de la demandante, en virtud de la tercerización.

Así mismo, se dispondrá que la actora deberá acreditar que las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales, y dado el caso que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar completar, según el caso, el porcentaje que le incumplía como trabajadora, **tal y como se dejó señalado por el H. Consejo de Estado, en su Sentencia de Unificación**, siendo improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal²⁸.

CUARTO. - DECLÁRESE que el tiempo laborado por la señora IRINA DEL ROSARIO GONZALEZ PERDOMO, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y tercerización, desde el **01 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2015,** se deben computar para efectos pensionales, de conformidad con lo esgrimido en esta providencia.

QUINTO. - Los valores adeudados por concepto de la prestación reconocida, deberán actualizarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO. - La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

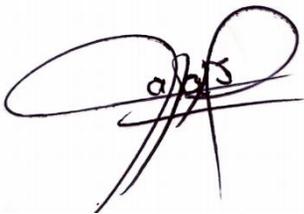
Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

²⁸ Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).**

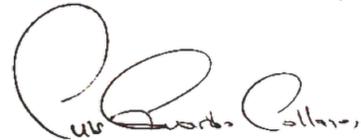
NOVENO. - Una vez en firme ésta providencia, archívese y devuélvase los remanentes de los gastos del proceso a la parte accionante, si los hubiere.

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

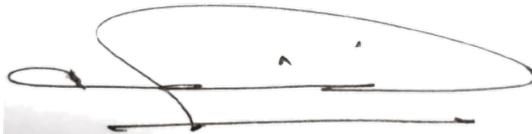
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6e0f48e9de84832d0a6230dce11fbddf0b1f638199a70704436f3dc33d53700**

Documento generado en 30/11/2021 08:54:53 AM

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