



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Luis Gilberto Ortega Ortigón

Bogotá, D.C., () de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente : 11001-33-35-018-2018-00492-01
Demandante : **Diana Marcela Amarillo Giraldo**
Demandado : Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Relación laboral encubierta o subyacente

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos y sustentados por la parte demandante (fs. 192 a 194) y la parte demandada (fs. 196) contra la sentencia del 15 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia (fls. 166 a 185).

I. ANTECEDENTES

El medio de control. (fls. 68 a 84) La señora Diana Marcela Amarillo Giraldo, a través de apoderado judicial, acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de interponer demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra del Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. S-2018-/DIBIE-ASJUD-29-25 del 30 de julio de 2018, notificado el 1º de agosto de 2018, mediante el cual la demandada le negó el reconocimiento y pago de una relación laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicio suscritos por las partes desde el año 2015 hasta el año 2017.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima a: (i) declarar

que existió un vínculo laboral desde el año 2015 hasta el 2017; ii) reconocer y pagar todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como cesantías e intereses, primas de navidad, junio, servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales, caja de compensación familiar, los valores por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de prestaciones sociales, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2015 hasta el año 2017 y en general todas las creencias laborales debidamente acreditadas dentro del expediente; iii) condenar a la demandada a cancelar o devolver las sumas de dinero que por retención en la fuente la demandada le descontó y reembolsar los aportes a seguridad social respecto a salud, pensión y riesgos laborales, pagos que tuvo que realizar sin tener obligación de ello, así mismo, pagar los respectivos aportes a seguridad social; iv) pagar la licencia de maternidad acreditada, las creencias laborales, prestaciones e indemnizaciones a las que tiene derecho una trabajadora de igual o mejor nivel que preste los mismos servicios; v) condenar a título de sanción moratoria que se consagra en la Ley 244 de 1995, las sumas que resulten equivalentes a un día de salario por un día de mora en la consignación o pago de las cesantías desde el año 2015 hasta el año 2017 y hasta la cancelación efectiva de las mismas; vi) ajustar el valor reconocido conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, indexación que debe ser ordenada mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo; vii) dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; viii) pagar los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 y conforme a la sentencia C-602 del 2012 de la honorable Corte Constitucional y; (ix) condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

Fundamentos fácticos. La demandante señaló como soporte del presente medio de control lo siguiente:

Prestó sus servicios personales en la Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 20 de abril de 2017, se desempeñó como docente en humanidades e inglés, donde suscribió contratos que fueron adicionados y prorrogados, así mismo, tuvo una licencia de maternidad desde el 16 de agosto de 2016, por lo que hubo suspensión del contrato en dicho periodo.

La relación laboral se desarrolló mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, el último de ellos fue desde el 16 de enero de 2017 al 20 de abril de 2017, el vínculo laboral finalizó sin que recibiera pago alguno por concepto de prestaciones sociales por parte de la demandada, como remuneración por la labor desempeñada, recibió por el último contrato una asignación mensual de un millón seiscientos mil pesos (\$ 1.600.000 m/cte).

Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual, así mismo, durante la prestación del servicio, se le pagó por sus servicios las cantidades pactadas en los contratos de manera mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.

Mediante radicado del 25 de julio de 2018, presentó petición ante el Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección de Bienestar Social - Colegio Nuestra Señora de Fátima, solicitando la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre Diana Marcela Amarillo Giraldo y la entidad demandada, así como el correspondiente reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales.

A través del Oficio Nro. S-2018-/DIBIE-ASJUD-29.25 del 30 de julio de 2018 notificado el 1º de agosto de 2018, respondió la solicitud negando la relación laboral entre la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo y la Dirección de Bienestar Social donde se evidenció en el contrato firmado por las partes que sus obligaciones fueron desarrolladas con el propósito de satisfacer una necesidad en el término señalado en el contrato.

Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. - La parte demandante citó como normas violadas: los artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128 de la Constitución Política; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1750 de 2003; Decreto 1750 de 2003; Decreto 4171 de 2012 y Ley 80 de 1993.

Indicó que la Constitución de 1991 otorgó especial protección al trabajo y le reconoció su existencia en el artículo 1º del preámbulo y como derecho cuya protección la confió directamente al Estado el artículo 25, en ese orden consagró los derechos mínimos y las garantías de los trabajadores en el artículo 53 y dispuso que el legislador debe asegurar que

tales derechos y garantías no sean disminuidos ni afectados, así mismo, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Dijo que durante la prestación del servicio ha sido sometida a subordinación por pérdida de la administración del contrato, toda vez, que estaba sometida a un horario, en este caso la asignación de turnos, tenía asignadas las instalaciones de la entidad, sin poder ejercer la actividad fuera de estas, así mismo, le fueron asignados elementos de trabajo como computador, teléfonos, mobiliario, oficina asignada, los cuales eran de propiedad del contratante y estaban al servicio de la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo para cumplir las diferentes funciones asignadas y desarrolladas que demuestran la mencionada subordinación, elementos asignados y que fueron encaminados al desarrollo del objeto social.

Manifestó que la prestación continua y permanente de los servicios, de la labor desempeñada tal como se revisa en las órdenes de prestación de servicios y en los contratos de prestación de servicio se desarrolló desde el año 2015 hasta el año 2017, por lo que se evidencia que el Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección de Bienestar Social- Colegio Nuestra Señora De Fátima, firmó con la demandante diferentes órdenes de prestación de servicios y contratos de prestación de servicios con la intención de darle una apariencia distinta a una relación laboral, lo que desvirtúa la presunción de la buena fe, por lo tanto, no hay forma de justificar el supuesto desconocimiento de ciertas obligaciones del empleador.

Agregó que en el presente caso la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo prestó sus servicios directamente a la entidad aquí demandada, desde el año 2015 tal y como se demuestra en las certificaciones y en los contratos suscritos con la entidad demandada, donde la prestación del servicio fue continua, bajo horarios, turnos, cronogramas, supervisión y subordinación.

Contestación de la demanda. Según constancia secretarial de fecha 29 de julio de 2019, se ingresó al Despacho del Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito de Bogotá el proceso, donde se informó que, pese a que la demanda fue notificada el 21 de marzo de 2019, tal como consta a folios 89 a 93 del expediente, la parte demandada tenía plazo hasta el día

19 de junio de 2019 para contestar la demanda, lapso en el cual guardó silencio.

II. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de julio de 2021 (fls. 166 a 1511) accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que en primer lugar frente a la prestación personal del servicio la demandante prestó sus servicios en la Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, a través de la celebración de varios contratos de prestación de servicios personales suscritos, desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 20 de abril de abril de 2017, de forma interrumpida, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a prestar los servicios profesionales como docente licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e inglés, funciones ratificadas con la declaración de la señora Yuli Mileidy Cortés Silva llevada a cabo el 03 de junio de 2021.

Indicó que frente a la subordinación o dependencia según las declaraciones recibidas, la demandante cuando inicio tenía un horario en la jornada de la tarde, esto es de 12:30 pm a 6:00 pm, mientras que en el 2016 lo hizo en la jornada de la mañana, de 7:00 a.m. a 2:00 p.m., horario que debía ser cumplido por todos los docentes que fueran de planta o contratados por prestación de servicio y sobre el cual la entidad demandada ejercía supervisión, así mismo, existía personal de planta que ejercía las mismas labores que ejecutaba la demandante, incluso, señaló que la actora fue designada como jefe de departamento, sin ser de planta, siendo que dicha labor habitualmente la ocupaban los docentes con esta calidad.

Expuso que los servicios prestados por la actora no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria, ni gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo los horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

Señaló que cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora

Diana Marcela Amarillo Giraldo y la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor realizada, la cual se realizaba de manera mensual, por lo que se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, comoquiera, que la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como docente de humanidades e inglés, labor que es propia de la actividad misional de la entidad contratante, recibía una remuneración por el trabajo prestado y actuaba bajo subordinación y dependencia en las instalaciones del Colegio Nuestra Señora de Fátima en el cual prestaba sus servicios.

Consideró que se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera, que la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como docente de humanidades e inglés, labor que es propia de la actividad misional de la entidad contratante, quien recibía una remuneración por el trabajo prestado y actuaba bajo subordinación y dependencia en las instalaciones del Colegio Nuestra Señora de Fátima en el cual prestaba sus servicios, frente a la dotación de calzado y vestido de la labor negó lo pretendido toda vez, que de los honorarios que percibió por las funciones que desarrollo, superan el salario mínimo legal mensual, también señaló que no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, ya que, el derecho se hace exigible a partir de la sentencia que las reconozcan.

Indicó que las vacaciones si se deben reconocer la compensación en dinero de las mismas, en razón a que constituyen una prestación social, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución y frente a la licencia de maternidad, la misma si tiene derecho a que se le pague el valor de las 14 semanas de descanso remunerado que contempla el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, finalmente, frente a la prescripción señaló que ninguno de los contratos se encuentran prescritos, reconociendo la relación laboral

Para concluir, manifestó que, se debe tener como asignación básica para su cálculo, el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados entre el 1º de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2015 y el 19 de febrero de 2016 al 20 de abril de 2017.

III. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante. Inconforme con la decisión del juez de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación (fls. 192 a 194), en el que solicitó modificar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo referente a que se debe reconocer las cesantías, señalando que la declaratoria de la existencia del derecho y, por lo tanto, su reconocimiento, conlleva a que se reconozca y pague las prestaciones laborales y sociales, dentro de las que se encuentran las cesantías generadas entre el 1º de septiembre de 2015 al 20 de abril de 2017, por lo que solicita se acceda a dicho reconocimiento.

Entidad demandada. El apoderado judicial de la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, interpuso recurso de apelación (fl. 196) en el que se encontró inconforme con la decisión, comoquiera, que la demandante con la entidad solo suscribieron los contratos 08-7-10196-2015 y 08-7-10003-2016, que corresponden a la modalidad de prestación de servicios, regulada por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo fin es desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la respectiva entidad, sin que en ningún caso se genere una relación laboral, ni prestaciones sociales.

Manifestó que no se comparte que exista subordinación, porque se confunde la supervisión propia de los contratos de prestación de servicios, la cual es ejercida por funcionarios de planta y dichos supervisores no dan órdenes a los contratistas, por el contrario, son los contratistas los que pasan un agendamiento para simplemente coordinar la horas en las cuales el contratista docente va a dictar sus clases, con el fin de adecuar los horarios a los estudiantes mas no a los contratistas docentes, por lo tanto, solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos interpuestos fueron concedidos mediante providencia del 5 de agosto de 2021 (fl. 198) y admitido por este Despacho a través de proveído del 14 de enero de 2022 (fl.

202), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3.º) y 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Admitido el recurso de apelación, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, según obra a folios 204 a 205 donde ratificó lo expuesto en la demanda en el sentido de afirmar que en el presente asunto se configura una verdadera relación laboral entre el demandante y la demandada, por lo tanto, solicita se confirme parcialmente el fallo de primera instancia modificando lo concerniente al pago de las cesantías, las cuales insiste en que se deben acceder.

V. CONSIDERACIONES

Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 153¹ de la Ley 1437 de 2011 esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

Problema jurídico. Se contrae a determinar si entre la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo y la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, existió un verdadero vínculo laboral durante el periodo que prestó sus servicios para dicha entidad, esto es, del 1º de septiembre de 2015 y el 20 de abril de 2017 y si como consecuencia del mencionado vínculo, le asiste derecho a que se le reconozcan y paguen todos los factores laborales y las prestaciones sociales a que tenía derecho, durante el periodo en que al parecer duró la vinculación.

Tesis de la Sala. En el asunto sometido a estudio se **modificará** la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez, que el pago de las prestaciones legales ordinarias a cargo del empleador, deben ser canceladas tomando el ingreso base de cotización sobre el salario mensual de un docente de planta, entre el 1º de septiembre de 2015 y el 20 de abril de 2017, salvo las interrupciones entre contrato y contrato,

¹ «Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda».

mes a mes y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo dicho en la parte considerativa del fallo. Asimismo, se deberá reconocer la licencia de maternidad sobre el 100% de lo devengado del salario mensual de un docente de planta durante la licencia de maternidad de la demandante, esto, condicionado a: i) descontar el 40% cancelado por la EPS por ese concepto; ii) que no se hubiera efectuado el pago de la licencia de maternidad o de pagos producto de la ejecución concomitante de contratos de prestación de servicios. Además, se conminará a la entidad accionada a que capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres en condición de maternidad, a fin que la conducta objeto de examen no se vuelva a repetir.

Ahora, para desatar el problema jurídico planteado, se entrará a estudiar los siguientes temas: **i)** marco normativo y jurisprudencial de la relación laboral encubierta o subyacente; **ii)** hechos probados; **iii)** caso concreto y; **iv)** condena en costas.

i) Marco normativo y jurisprudencial de la relación laboral encubierta o subyacente.

La Corte Constitucional declaró exequible el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que estableció la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, después de hacer un análisis al respecto, definió las características del contrato de prestación de servicios y estableció las diferencias con el contrato de trabajo, donde concluyó que el contrato de prestación de servicios es ajustado a la Constitución, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre 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, de igual manera se resaltó que este tipo de vinculación procede cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta y además que la vigencia del contrato debe ser temporal.

El Consejo de Estado, ha reiterado en varias ocasiones² que para que se configure un contrato de trabajo, se deben acreditar los tres elementos propios de una relación laboral de trabajo, los cuales son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y (iii) la remuneración.

Ahora bien, nos enfocaremos en dar un leve concepto de cada uno de los elementos exigidos para que se configure una relación de trabajo, los cuales son: **a) Prestación personal del servicio**, este elemento es relevante para demostrar la permanencia que se necesita en la entidad de la labor, que la hace inherente, además demuestra la «[...] equidad o similitud, que el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios [...] para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral [...]»³; **b) Subordinación**, sujeción a la orden, mando o dominio de alguien⁴, es la situación en la que se exige al servidor público el cumplimiento de unas órdenes en cuanto a la forma y manera de realizar el trabajo, bajo una coordinación y parámetros establecidos, durante el tiempo que dure el vínculo; y **c) Remuneración**, contraprestación pecuniaria que se obtiene por la prestación de un servicio.

Se comprueba de este modo que la relación laboral encubierta se configura solamente si se logra demostrar que, dentro de ese acuerdo contractual, se constituyen los elementos que generan un verdadero vínculo laboral, solo que la administración en su afán de disfrazarlo, le da otra connotación.

Es de resaltar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado en varias

² Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 1° de marzo y 26 de julio de 2018, radicados Nos. 68001-23-31-000-2010-00799-01 y 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Consejero Ponente: César Palomino Cortés; 1° de marzo de 2018, radicado 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter; 1° de marzo de 2018, radicado 76001233300020130040901 (0349-16), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas; 20 de septiembre de 2018, radicado 66001233300020160026201 (20462017), Consejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra Vélez.

³ Posición que adoptó el Consejo de Estado, ver entre otras, Sentencia de 8 de marzo de 2018, radicado 76001-23-33-000-2013-00409-01, Magistrado Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁴ Concepto dado por el diccionario de la lengua española.

oportunidades el Consejo de Estado⁵, dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado.

Sentencias de unificación respecto de la relación laboral encubierta o subyacente

Este tema ha sido tan sensible, que el máximo órgano de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha proferido en los últimos años dos (2) sentencias de unificación con el ánimo de reducir el empleo de los contratos de prestación de servicios para encubrir relaciones laborales.

En la **Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016**⁶, el Consejo de Estado señaló como reglas de unificación las siguientes:

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

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

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

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

⁵Sentencia de veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017) radicado 11001-33-31-021-2007-00729-02; dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) expediente 25000 23 25 000 2006 08204 01 (1452-2013) «[...] Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior».

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 25 de agosto de 2016, radicado N° Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (CÓRDOBA)

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

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

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

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.».

De la jurisprudencia transcrita se tiene que la prescripción recae sobre el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial el cual, en este caso, se da en las prestaciones sociales reconocidas como consecuencia de un vínculo laboral, más no se aplica a los derechos pensionales por tener la calidad de prestación periódica, como tampoco a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes.

En la misma se resaltó que el tiempo laborado, siempre debe ser tenido en cuenta para el cómputo pensional, de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, cuando precisó que aunque haya prescripción en las prestaciones sociales que se pretenden se reconozcan a título de restablecimiento del derecho en un proceso de existencia de la relación laboral encubierta; ésta figura no se aplica para el tiempo que se debe tener en cuenta para efectos pensionales, ni para la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes.

En la más reciente **Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-202 del 09 de septiembre de 2021**⁷, la misma Corporación precisó tres reglas relacionadas con la relación laboral encubierta, así:

*«167. **La primera regla** define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3º 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 u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*

*168. 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 **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 plenario.*

*169. **La tercera regla** determina que frente a 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.**».*

En esta providencia se puntualizó que el término «estrictamente indispensable» que deben durar los contratos de prestación de servicios será el que se señale en la minuta de prestación de servicios y que corresponde al lapso que, según los estudios previos, debe concederse a la espera de que el contratista cumpla con el objeto contractual, sin perjuicio de las prórrogas que puedan concederse para garantizar ese cumplimiento.

Igualmente, se expuso que aun cuando los contratistas de las entidades partes en una relación laboral encubierta no hayan sido afiliados al sistema de seguridad social para cubrir riesgos y contingencias laborales y de salud, no procede reembolsarle los aportes que haya efectuado de más, por ser aportes parafiscales obligatorios y con destinación específica.

ii) Hechos probados. Se demostró al interior del expediente que:

- El día 25 de julio de 2018, la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo solicitó ante la Nación

⁷ Sentencia de unificación Consejo de Estado por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-202, del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín – Personería.

- Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, el reconocimiento de una relación laboral y, consecuentemente, el pago de los derechos laborales y las prestaciones sociales, incluidos los dineros pagados mensualmente como aportes obligatorios a seguridad social, causados con ocasión del servicio prestado durante la vinculación con dicha entidad, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios (fls. 3 a 6).

- En respuesta a la anterior petición la rectora del Colegio de Nuestra señora de Fátima de Bogotá, expidió el acto administrativo contenido en el Oficio Nro. S2018/DIBIE-ASJUD-29.25 del 30 de julio de 2018, mediante el cual la demandada le negó el reconocimiento y pago de una relación laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes pues su vinculación se dio por medio de contratos de prestación de servicios (fls. 8 a 11).

- Aprobación de la garantía única del contrato Nro. 08-7-10003-2016 suscrito por la demandante, actas de suspensión y reinicio del contrato de prestación de servicios PN-DIBIE No. 08-7-100003-16 celebrado entre las partes, así como la aclaración de la reanudación del señalado contrato (fls. 22 a 38).

- Acta de liquidación bilateral del Contrato No. 08-7-10003-5.1.1.10. Oficio No. S-2017-003370/NUSEFA-CORAC-38.10 del 6 de febrero de 2017 mediante la cual, la entidad demandada se dirigió a la demandante con el fin de dar a conocer las responsabilidades que debía asumir con el fin de prestar el servicio educativo (48 a 52).

- Certificado para licencia de maternidad de fecha 16 de agosto de 2016, de la Clínica Magdalena, de la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo, con 93 días otorgados, suscrito por el ginecólogo Gerardo Galindo (fs. 55).

- Certificado para licencia de maternidad de fecha 16/08/2016, de la Clínica Magdalena, de la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo, suscrito por el ginecólogo Gerardo Galindo (fl. 55).

- Comunicación de fecha 22 de marzo de 2016, mediante la cual la demandante dio aviso

al señor capitán Gonzalo Emilio Zabaleta Abril, rector del Colegio Nuestra Señora de Fátima de Bogotá de su situación de embarazo, encontrándose en la semana 18 de gestación (fl. 56).

- Comunicación del 26 de julio de 2016, mediante la cual la demandante se dirigió al subteniente Karin González Jaramillo, rectora (E) del Colegio Nuestra Señora de Fátima - Bogotá con el fin de solicitarle permiso por las siguientes dos semanas debido a que la fecha probable de su parto era el 10 de agosto. Igualmente, solicitó la suspensión del contrato No. 08-7-10003-16 una vez inicie la fecha de la licencia de maternidad y la reanudación del mismo, terminada esta fecha (fl. 57).

- Documento de 10 de agosto de 2016 dirigido a la coronel Yackeline Navarro Ordóñez, directora de Bienestar Social, mediante el cual la demandante solicitó la suspensión del contrato No. 08-7-10003-16 a partir del 11 de agosto hasta el 15 de agosto de 2016, debido a problemas de salud, así como reanudar el contrato una vez finalice la fecha de la licencia de maternidad (fl. 58).

- Documento fechado 7 de abril de 2017 dirigido a la mayor Adriana Carolina Segura Baracaldo, rectora del Colegio Nuestra Señora de Fátima, mediante el cual la demandante solicitó permiso en semana de receso escolar del 10 al 14 de abril de 2017 (fl. 59).

. Certificado de ingresos y retenciones del año 2016 (fs. 60 a 64)

- Oficio No. S-2018/NUSEFA-RECR11.10 del 20 de junio de 2018, mediante el cual la entidad demandada se dirigió a la demandante con el fin de contestar a su petición de documentos, refiriendo que adjuntaba: copia de la totalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante, certificado de tiempos de servicios, certificados de pagos de seguridad social, información del número de personas que con las mismas funciones de la demandante pertenecían a la planta de personal, y certificados de retención en la fuente (fl. 66).

- Certificación del 08 de septiembre de 2015, expedida por Positiva - Compañía de Seguros de la vinculación de la actora a la Dirección de Bienestar Social Policía Nacional como

independiente desde el 08/09/2015, encontrándose activo (fl. 67).

- La señora Diana Marcela Amarillo Giraldo suscribió con la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, los siguientes contratos de prestación de servicios (fls. 14 a 47):

| No. Contrato | Vigencia | Valor | Objeto |
|------------------------------------|----------------------------|---------------|---|
| 08-7-10196-2015 | 01/09/2015 a 30/11/2015 | \$ 4.561.998 | Prestar sus servicios profesionales docente licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e inglés para el colegio nuestra señora de Fátima de la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional ubicado en Bogotá. |
| 08-7-10003-16 | 19/02/2016 a 16/08/2016 | \$ 14.400.000 | Prestar sus servicios profesionales docente licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e inglés para el colegio nuestra señora de Fátima de la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional ubicado en Bogotá. |
| Reanudación contrato 08-7-10003-16 | 22/11/2016 a 20/04/2017 | \$ 14.400.000 | Prestar sus servicios profesionales docente licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e inglés para el colegio nuestra señora de Fátima de la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional ubicado en Bogotá. |

De la relación anterior de contratos, se observa que, si bien existieron interrupciones, se tiene que estas se produjeron entre los 3 años de haber presentado la reclamación administrativa el 25 de julio de 2018, así mismo, la interrupción en el contrato Nro. 08-7-10003-16, el cual fue suspendido entre las partes por un plazo de 98 días entre el 16/08/2016 al 21/11/2016, se dio con ocasión a la condición de maternidad.

- En diligencia adelantada en estrados judiciales por la juez dieciocho (18) administrativo del circuito de Bogotá se escuchó el testimonio de la señora Yuli Mileydi Cortés Silva, quien manifestó lo siguiente:

- Yuli Mileydi Cortés Silva: Señaló que: «...fue compañera de trabajo con la señora Diana Amarillo quien había ingresado como docente de inglés en primaria y también en preescolar, con el ministerio de defensa en la actualidad es funcionaria de la Policía Nacional donde trabaja en el Colegio Nuestra Señora de Fátima, el periodo en el cual fue compañera de trabajo fue del 2015 a 2017, estuvo vinculada en la entidad por prestación de servicios donde estaba vinculada bajo esa modalidad; frente al horario de la señora Diana le consta que si lo cumplía ella inicialmente trabajaba con los niños de primaria, en esa época del 2015 la jornada era por la tarde de 12:30 pm a 6:30 pm que era el horario de trabajado de todos los compañeros, ya para el 2016 pasaron el grado de transición en la mañana que fue donde más se relacionó con ella y ahí trabajaban de 7:00 am a 2:00 pm, tenía una supervisión por parte de la coordinadora académica la señora Elizabeth Rincón era quien supervisaba que se cumpliera el horario por parte de todos los funcionarios indistintamente si eran de prestación de servicios o de planta; como ella estaba embarazada le pagaba a otra compañera para poder ir a sus citas médicas, le pagaba por el reemplazo comoquiera que no podía ausentarse, la compañera de planta le cobraba un monto para poder reemplazarla en las clases, la coordinadora academia fue la que le indico que debía llevar un reemplazo cuando ella tenía sus citas médicas; los citaban a reuniones en la tarde, tanto a los de planta como a los contratistas donde les hacían llamados de atención por el tema de horario cuando en alguna oportunidad no asistió; le consta que las funciones de docente las desempeño dentro del Colegio, incluso cuando los de planta se iban de vacaciones o receso ella debía quedarse en el colegio haciendo actividades de archivo y demás comoquiera que no había niños; menciono que había cargos de planta cumpliendo la labor de docente que ella era una de ellas, las funciones de los de planta como los de contrato de prestación de servicio eran las mismas, incluso Diana Amarillo estuvo un tiempo como jefe de departamento la jefatura de departamento habitualmente la ocupaban los docentes de planta pero en ese momento a ella le asignaron esa jefatura y todos cumplían lo mismo, los acompañamientos en las izadas de bandera, las clases con los niños, las direcciones de los niños; los pagos a seguridad social

la pagaban ellos mismos; le consta que la señora debía presentar informes de lo laborado; la carga académica dictaba clases, las preparaba, la atención de padres, reuniones sobre avances de los niños, las reuniones de las jefaturas de departamento cuando estuvo como jefe de departamento, esta área era una carga más que solo se la daban a los de planta pero a ella se la dieron pese a que era un incremento de su trabajo; frente a si les consta que la señora Diana Amarillo ejercía como docente en otras instituciones distintas al colegio, menciono que solo trabajaba en el Colegio por el horario que tenían era complejo pues ya se estaba implementaba jornada única».

iii) Caso concreto. En el presente caso la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo pretende que se declare la existencia de una relación laboral encubierta durante el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2015 y el 20 de abril de 2017, que en su sentir, asegura se generó con la prestación del servicio que realizó en la Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, en la modalidad de contratos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que se configuran los elementos que constituyen un vínculo laboral y, como consecuencia de ello, se reconozcan y paguen todas las prestaciones que se derivan de la mencionada relación.

Por su parte, la entidad demandada, aduce que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez, que en el presente asunto no existe un contrato de trabajo y no es procedente aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, comoquiera, que entre demandante y demandada no existió relación laboral alguna, ya que, no se configuraron los elementos propios de la misma, pues la incorporación se dio por medio de contratos de prestación de servicio donde no existió una actividad personal ni subordinación o dependencia.

En ese orden, es necesario establecer si de las pruebas allegadas, se logra demostrar, la configuración de los tres (3) elementos que constituyen una vinculación laboral, así:

Prestación personal del servicio. Este elemento ha sido reiterado por el Consejo de Estado, bajo el entendido de que, la labor encomendada la debe prestar de manera personal y directa el presunto contratista, ya que el contrato obedeció a sus capacidades y cualidades.

Del análisis del acervo probatorio en especial del testimonio recaudado y las documentales aportadas, se tiene que las funciones realizadas por la demandante, se debían ejercer de manera personal, esto por cuanto, ejercía su labor de prestación de servicios en la Dirección Social de la Policía Nacional – Colegio Nuestra Señora de Fátima, como docente licenciada en educación básica con énfasis en humanidades e inglés, donde según la declaración de la testigo Yuli Mileidy Cortés, no podía delegar su trabajo a otra persona por lo que debía realizar personalmente su labor, incluso cuando los de planta se iban de vacaciones o receso ella debía quedarse en el colegio haciendo actividades de archivo y que además las funciones de los de planta como los de contrato de prestación de servicio eran las mismas, así mismo, tenía una supervisión por parte de la coordinadora académica la señora Elizabeth Rincón quien supervisaba que se cumpliera el horario por parte de todos los funcionarios indistintamente si eran de prestación de servicios o de planta y como ella estaba embarazada le pagaba a otra compañera para poder ir a sus citas médicas, comoquiera que no podía ausentarse, probándose la prestación personal del servicio.

Se destaca que aunque la entidad demandada asegura que la relación contractual estuvo bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, dicha vinculación perduró por aproximadamente año y medio, con la suscripción de 2 contratos de prestación de servicios, el último de ellos con una interrupción por una licencia de maternidad y posterior reanudación, donde se demuestra la necesidad del servicio de manera permanente, donde incluso docentes de planta tenían los mismos horarios y funciones, lo que permite concluir que se debe desvirtuar el vínculo contractual y consecuentemente, queda establecida una verdadera relación laboral.

b) Subordinación. Sobre este asunto el órgano de cierre ha precisado una serie de indicios que nos permiten determinar la existencia de una relación laboral dentro de los cuales se destacan: i) espacio físico de un lugar de trabajo; ii) el horario de labores, valorada en función al objeto contractual; iii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y 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.

Del estudio integral de todo el acervo probatorio se arriba a la conclusión que: i) la demandante laboró para la Dirección Social de la Policía Nacional – Colegio Nuestra Señora de Fátima, por aproximadamente un año y medio, con la suscripción de dos contratos de prestación de servicios el último de ellos con una interrupción por una licencia de maternidad el cual fue reanudado respectivamente; ii) a la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo se le adjudicaron funciones como docente que debía ejecutar de manera personal donde no podía delegar funciones a otra persona, por lo que debía realizar su actividad de manera directa y sin independencia, puesto que debía someterse a un horario fijo; iii) la demandante prestó sus servicios bajo una supervisión constante, pues como se indicó del testimonio y en las pruebas allegadas, la demandante recibía llamados de atención si no cumplía el horario, para ausentarse debía solicitar permiso, de lo anterior obra prueba de la solicitud de permiso del 26 de julio de 2016 y del 7 de abril de 2017; igualmente, del testimonio se probó que al encontrarse la demandante en estado de embarazo no podía ausentarse autónomamente de sus funciones, pues en caso de realizarlo debía llevar un reemplazo, según indicaciones de la coordinadora académica, donde sus compañeras de planta le colaboraron debiéndole pagar por ello, iv) de la prueba testimonial y documental recaudada se evidencia que la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo cumplía sus funciones en un horario donde inicialmente lo realizó en la jornada de la tarde, esto es de 12:30 p.m. a 6:30. p.m. y para el 2016 y 2017 su labor la realizó en la jornada de la mañana, esto es, de 7:00 a.m. a 2:00 p.m., desempeñando sus funciones de manera personal y permanente en el Colegio, igual que los docentes de planta que en total eran 12 denotando con ello la prestación del servicio en forma personal.

En ese orden de ideas, en el *sub-lite* se desvirtuaron las características del contrato de prestación de servicios, porque la demandante, en su condición de docente, debía estar personal y permanentemente en su trabajo, donde cumplía funciones que no tienen el carácter de temporales, cumpliendo el horario que la institución le imponía; de igual manera, no contaba con autonomía, ni independencia pues estaba sometida al cumplimiento de un horario y sus funciones se encontraban bajo coordinación y supervisión de la coordinadora académica, siendo éstos, elementos propios de la relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios y se probó que no ejercía como docente en otras instituciones distintas al colegio Nuestra Señora de Fátima, puesto que el horario ni siquiera lo permitía.

Por otra parte, aunado a la subordinación de la demandante a las directrices impartidas por la entidad demandada, de las pruebas obrantes en el plenario y la declaración surtida en el presente asunto, se advierte la necesidad del servicio de manera permanente, teniendo en cuenta que las funciones que la señora Diana Marcela Amarillo desempeñó como contratista, son propias de un docente de planta de la Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, pues como se probó los docentes de planta eran aproximadamente 12, los cuales cumplían las mismas labores de la demandante, donde debían dictar las clases, llevar acabo planeaciones, preparar clases, atención a padres de familia, reuniones en el consejo académico, vigilancias, acompañamiento y demás funciones de los docentes de planta, por lo que necesariamente conlleva a que se desvirtúe el vínculo contractual.

c) La contraprestación. Por otra parte, en el expediente obran los contratos de prestación de servicios, así como las certificaciones de cumplimiento de las labores a su cargo, donde se hace constar que a la demandante se le pagó por los servicios prestados; lo que nunca controvertió alguna de las partes, por lo que, se entiende que el pago de cada orden de servicio se realizó de manera periódica como lo afirma la demandante y como se deduce de la prueba recaudada y algunas documentales aportadas.

Así las cosas, las pruebas obrantes en el proceso demuestran que las funciones desempeñadas por la demandante, constituyen un indicio claro de que, bajo la figura de órdenes de prestación de servicios, se configuró en realidad una relación de tipo laboral, **es así como al desvirtuarse el vínculo contractual, es procedente la declaración de la relación laboral encubierta o subyacente**, que si bien, no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, sí genera un trato similar al que tiene un empleado público que ejerce las mismas funciones, en relación al tema económico.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de una relación laboral, ya que, en efecto, esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia que la contratación de la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo, se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente

en la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional – Colegio Nuestra Señora de Fátima, cumpliendo funciones propias de la misión de la entidad, pero desconociendo sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad, modificando algunas decisiones adoptadas frente al restablecimiento del derecho, conforme a la más reciente sentencia de unificación sobre la materia.

Restablecimiento del derecho.

Previo al desarrollo del *ítem* en cuestión, se precisa que atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de unificación del 09 de septiembre de 2021⁸, en relación con el término de interrupción de los contratos, esta Sala determina que la no solución de continuidad se contabilizará en un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, bajo los siguientes argumentos:

«[...] Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la 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.».

Así las cosas, conforme a la regla de unificación referida, se tiene que para determinar si hubo o no pérdida de continuidad en la relación laboral, las interrupciones entre contrato y contrato no deben superar los treinta (30) días hábiles.

Fijado lo anterior, es preciso concluir que en este caso hubo solución de continuidad, es decir, operó la interrupción de contratos, toda vez, que entre la fecha de finalización del contrato Nro. 08-7-10196-2015 que culminó el 30 de noviembre de 2015 y el que inicio el 19 de febrero de 2016 Nro. 08-7-10003-16, transcurrió 2 meses y 19 días, es decir, superó el

⁸ Sentencia de unificación Consejo de Estado por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-202, del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín – Personería.

periodo de treinta (30) días hábiles dispuesto en la precitada sentencia de unificación. En relación con esta interrupción debe indicarse que, pese a ser docente y en principio poder inferirse que esta interrupción obedeció al periodo de vacaciones, dentro del plenario no existe prueba de que, durante esa suspensión en el contrato, la aquí demandante hubiese prestado sus servicios en la entidad accionada.

Por otro lado, es preciso aclarar que si bien se presentó una suspensión del contrato 08-7-10003-16, comprendida entre el 16 de agosto de 2016 al 21 de noviembre de 2016, a causa de la maternidad de la demandante, ello no implica la interrupción contractual, siendo procedente reconocer y pagar dentro de la verdadera relación laboral, el tiempo correspondiente a la licencia de maternidad, la cual goza en nuestro ordenamiento jurídico de amplia protección constitucional, legal y jurisprudencial, tal como pasa a exponerse.

De la licencia de maternidad.

La licencia de maternidad es una prestación del sistema de salud a la que tiene derecho la madre durante los primeros meses de vida de un recién nacido o un adoptado; nuestra Constitución Política en su artículo 43 dispuso que la mujer embarazada y en estado de lactancia *«gozará de especial asistencia y protección del Estado»*.

La Corte Constitucional en sentencia C-470 de 1997, afirmó que la mujer embarazada tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, constituyendo esta figura, en un derecho fundamental que proviene del *«derecho a no ser discriminado por ocasión del embarazo y que implica una garantía real y efectiva de la protección a favor de las trabajadoras en estado de gestación o lactancia»*⁹.

Posteriormente, el 13 de febrero de 2013 en sentencia SU-070, la Corte Constitucional, unificó los criterios de protección laboral reforzada en mujeres embarazadas, estableciendo dos requisitos para que procediera el amparo de los derechos fundamentales de estas trabajadoras, a saber: i) que exista una relación laboral o de prestación de servicios y; ii) que

⁹ Sentencia T-291 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la trabajadora se encuentre en estado de embarazo o en los tres meses posteriores al parto.

Dijo la Corte Constitucional, además:

[...]

«No obstante, la perspectiva adoptada en la presente unificación consiste en considerar la procedibilidad de medidas protectoras siempre que se den los requisitos consignados en el acápite anterior, y trasladar las consecuencias tanto de las particularidades de cada modo de vinculación o prestación, como del conocimiento del embarazo por el empleador o (contratista), no a la viabilidad de la protección misma, sino a la determinación de su alcance. Es decir, se procura la protección siempre que se cumplan los requisitos, pero dicha protección tendrá un alcance según la modalidad de vinculación que presenta la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante y según el empleador haya conocido o no del embarazo al momento del despido».

[...]

La anterior posición fue ratificada por la misma Corporación en sentencia SU-075 de 2018, reiterando que las condiciones para la protección de la gestante son: i) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, y ii) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación de servicios.

Con base en lo anterior, observa esta Sala de Decisión, que, conforme a los hechos de la demanda y el material probatorio incorporado a este proceso, la señora Amarillo Giraldo presentó una suspensión en un contrato de prestación de servicios dada su situación de maternidad, sin que exista prueba del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad que esta situación acarrea.

En ese orden, la situación fáctica de la demandante, en cuanto a la protección de la mujer embarazada se refiere, cumple con las condiciones establecidas por la Corte Constitucional, condiciones que fueron acogidas recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia del 26 de enero de 2023¹⁰, por tanto, se ordenará el reconocimiento de la licencia de maternidad por el período correspondiente.

Por otra parte, y aun cuando en este caso si se demostró la configuración de una relación

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A», Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 25000234200020150126500.

laboral encubierta o subyacente, esta Sala considera importante traer a colación lo que en opinión de esta colegiatura es un cambio de criterio por parte del Consejo de Estado¹¹ así:

«De acuerdo con esta posición jurisprudencial, que será acogida por esta Sala de Decisión, independientemente del vínculo contractual, es decir, a que se demuestre o no la existencia de una relación laboral subyacente o encubierta, la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios que se encuentre en estado de embarazo tiene derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad y a la estabilidad reforzada si (i) el contratante conoce el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsiste la causa del contrato y (iii) no cuenta con permiso del inspector del trabajo para terminar el contrato.»

En consideración a lo expuesto, la mujer embarazada que celebra contratos de prestación de servicios, tiene derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad y a la estabilidad laboral reforzada, siempre y cuando el contratante conozca del embarazo; subsista la causa del contrato y no se cuente con permiso del inspector de trabajo para terminarlo, es decir, que aun sin que se demuestre la configuración de una relación laboral encubierta, se les debe garantizar los derechos propios del fuero de maternidad.

Así las cosas, como la demandante tuvo fuero de maternidad dentro del lapso de la relación laboral reconocida, esta Sala considera procedente confirmar la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones y demás derechos laborales a que haya lugar por concepto de la licencia de maternidad, pero a diferencia de lo expresado en primera instancia, modificará la base de liquidación de dicho reconocimiento, indicando que se hará teniendo en cuenta para ello el salario devengado por un docente de planta perteneciente a la Policía Nacional - Dirección de Bienestar Social - Colegio Nuestra Señora de Fátima, en un cargo similar o equivalente al desempeñado por la demandante.

Prescripción

De igual manera, en relación con el tema de la prescripción, es oportuno aclarar que la sentencia de unificación del año 2021 mantuvo incólume la regla dispuesta en la sentencia de

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A», Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 25000234200020150126500.

unificación del año 2016. Precisado lo anterior, se evidencia y reitera que en el *sub-lite* no hay lugar a dicha declaratoria, por las siguientes razones: i) operó la interrupción de contratos entre la fecha de finalización del contrato Nro. 08-7-10196-2015 que culminó el 30 de noviembre de 2015 y el que inicio el 19 de febrero de 2016 Nro. 08-7-10003-16; ii) aun cuando se presentó una suspensión en la prestación del servicio durante la ejecución del último contrato suscrito, comprendida entre el 16 de agosto de 2016 y el 21 de noviembre de 2016, ello obedeció a la licencia de maternidad concedida a la contratista y tal suspensión no implica *per se*, la interrupción del contrato; iii) el último contrato suscrito entre las partes procesales, esto es, el contrato 08-7-10003-16, finalizó el día 20 de abril de 2017; iv) el día 25 de julio de 2018, la demandante presentó reclamación administrativa y; v) el 26 de noviembre de 2018, la demandante presentó esta demanda.

En ese orden, es evidente que existieron dos suspensiones en los contratos suscritos entre las aquí partes, en la primera se configuró una interrupción mientras que en la segunda no, dado que en esta última la demandante se encontraba en su licencia de maternidad. No obstante, lo anterior, debe concluirse que en este caso no operó el fenómeno de la prescripción, toda vez, que la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo acudió a reclamar su relación laboral dentro del término de tres (3) años contados a partir de la finalización de su último contrato, es decir, que los contratos aquí estudiados se encuentran dentro de los tres años que permite el ordenamiento jurídico para reclamar el derecho previo a que opere la prescripción.

Con todo y eso, resulta oportuno precisar que aun cuando hubiera operado la prescripción del derecho por haber dejado transcurrir más de tres años entre la terminación de un contrato y la reclamación, la prescripción solo hubiera recaído sobre el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial y no de los derechos pensionales, ya que estos, tienen la calidad de prestación periódica, tal como lo resaltó el máximo órgano de control de la Jurisdicción Contenciosa en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 CE-SUJ2-005-16¹²; por lo que, en el presente asunto, **los aportes pensionales se tendrán en cuenta desde el día 1º de septiembre de 2015 , fecha en la que inició el primer vínculo contractual entre las**

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de unificación, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

partes, hasta el 20 de abril de 2017, fecha en la que finalizó dicha relación, teniendo en cuenta la suspensión presentada y las interrupciones, tomando el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, **sobre el salario de un docente de planta,** mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por consiguiente y en armonía con lo desarrollado por el órgano de cierre de esta jurisdicción en las dos últimas sentencias de unificación, se tiene que la base de liquidación de las sumas a favor del demandante se debe tasar en este caso sobre el salario de un docente de planta. Lo anterior, por cuanto, se probó la existencia de un cargo de planta de un empleo con funciones iguales o similares a las que ejecutó la contratista, conforme a la prueba testimonial recaudada.

En igual sentido, precisa esta Sala que pese a que en anteriores oportunidades se venía negando lo relativo a las vacaciones, esta Sala confirmará la decisión del a quo en lo relativo a reconocer el pago de la misma, toda vez, que la jurisprudencia¹³ ha sido reiterada en señalar que debe existir una compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con la garantía del derecho de descanso conforme al artículo 53 de la Constitución, por lo tanto, se deben pagar en dinero, tal como lo solicita la demandante.

Frente al reconocimiento de las cesantías y los intereses. Sobre este aspecto que fue objeto de recurso de apelación por la parte demandante, el Consejo de Estado mediante

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B», sentencia de 19 de abril de 2018, Magistrado Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter: «Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque (es) un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo: Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas. Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978 [...]. Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005».

sentencia de unificación del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín – Personería, señaló al respecto:

«[...] 6. *Conclusión*

*243. Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala concluye que a la señora Gloria Luz Manco Quiroz, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), **le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que depreca (cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras)**, en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.» .*

De conformidad con la sentencia de unificación, es viable el reconocimiento de las cesantías e intereses a las cesantías, por lo tanto, se procederá a modificar la sentencia de primera instancia ordenando el reconocimiento de las mismas.

De la negación de la sanción moratoria.

Se negará el reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto al respecto el Consejo de Estado en sentencia del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), indicó:

«[...] En ese sentido, la sanción se causa cuando existe mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores, es decir, que tal derecho prestacional no está en discusión. Dicho de otra manera, el aludido auxilio no es objeto de controversia por existir certeza sobre su causación y por ende, reconocimiento y pago, circunstancia que no se registra en asuntos como el aquí debatido, en el que, precisamente, el demandante pretende le sea reconocida bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que es a partir de la presente sentencia que le surge al actor el derecho prestacional a las cesantía.» .

En efecto, como lo señaló el máximo Órgano de la Jurisdicción, en el presente asunto se debate la existencia de una relación laboral, por tanto, los derechos salariales y prestacionales no se encuentran consolidados y su reconocimiento y pago se genera únicamente a partir de la declaratoria de existencia de un verdadero contrato laboral, por lo que previo a dicho reconocimiento no le asiste al demandante el derecho salarial, ni prestacional.

Así mismo, en cuanto a la seguridad social, debe indicarse que frente a la no afiliación al sistema de seguridad social para cubrir riesgos y contingencias laborales y de salud, no procede el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado por la naturaleza parafiscal que envuelve estos conceptos, postura que fue acogida en la Sentencia de Unificación y que ya venía siendo aplicada por esta Sala de Decisión para estos asuntos.

Por último, la Sala considera que la Sentencia de Unificación del 09 de septiembre de 2021, emitida por el Consejo de Estado, resulta aplicable al caso concreto, dado que el juez al momento de proferir una decisión de fondo debe observar la jurisprudencia vigente para ese tiempo, tanto así, que en el mencionado pronunciamiento, se señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron aplicarían a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial por medio de acciones ordinarias, salvo los casos en que haya operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultarían inmodificables.

Perspectiva de género

En el escenario que nos antecede, las mujeres embarazadas resultan vulnerables por estigmatización social y económica, la creencia de que una mujer gestante labora menos dado su situación fisiológica, sus constantes citas médicas, periodo de lactancia y la relación de costos frente a una licencia de maternidad, han llevado a que se amplíe la brecha de discriminación entre hombres y mujeres, es por ello, que uno de los pilares de las decisiones judiciales debe estar encaminado en promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la no discriminación por género en el servicio público de la administración de justicia.

Por tanto, esta Sala de Decisión consiente de la discriminación laboral que ha existido a lo largo de la historia en torno a la mujer y su rol reproductivo, aplica y acoge la interpretación constitucional y supraconstitucional que proteja de la mejor manera los derechos de la mujer, en especial y según este caso, su fuero de maternidad. Lo anterior, en procura de la garantizarle la tutela judicial efectiva e identificar preconcepciones o generalizaciones con efectos discriminatorios que le generen violencia, a fin de neutralizar contextos de indefensión, subordinación o dependencia.

Sobre este asunto el Consejo de Estado en reciente sentencia del 26 de enero de 2023, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del doctor Gabriel Valbuena Hernández, dispuso lo siguiente:

«Estas medidas de protección adoptadas por esta Sala de Subsección del Consejo de Estado, derivadas de la posición de la Corte Constitucional, materializan la perspectiva de género en las decisiones judiciales, pues se consideran aspectos como la desigualdad - que ha sido constante en el tiempo - de las mujeres que se encuentran vinculadas al Estado por contrato de prestación de servicios y que durante la maternidad se les ha desconocido el derecho fundamental que les asiste a una licencia por ese hecho, pues su disfrute ha quedado sometido a la voluntad del contratante, quien decide si suspende el contrato o debe continuar con su ejecución.

De acuerdo con lo anterior, en ese sentido, las órdenes de estas sentencia constituyen una reivindicación de esas garantías que siempre les debieron ser reconocidas».

Así las cosas, la postura de esta Sala de Decisión en armonía con el criterio de nuestro órgano de cierre, persigue la protección de los más vulnerables, prestando especial atención a cualquier tipo de discriminación contra la mujer, así que, al evidenciarse que en el caso sub-lite la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo suscribió constantes contratos con la Policía Nacional y que durante estos, estuvo embarazada, sin que se le reconociera su fuero especial de maternidad y los derechos que esto acarrea, la Sala le dará perspectiva de género al asunto bajo examen.

Ahora, si bien es cierto que en la precitada sentencia de nuestro órgano de cierre existió una situación diferente a la aquí abordada, en cuanto en el caso citado existió la terminación del contrato de prestación de servicios, en un interregno de tiempo en que la allí demandante se encontraba amparada por su fuero de maternidad y en nuestro caso no; esta Colegiatura

considera que existe otras situaciones que ameritan ser estudiadas y atendidas frente a la desigualdad que sufren las mujeres embarazadas según su forma de vinculación y que ameritan un análisis desde la perspectiva de género.

Esto, toda vez, que la mujer que se encuentra amparada bajo la figura de una relación laboral y que queda embarazada goza inmediatamente de una protección, mientras que la mujer que labora a través de la figura del contrato de prestación de servicios NO tiene los mismos derechos, un ejemplo son las incapacidades remuneradas, ya que la figura laboral de prestador de servicios no contempla las incapacidades médicas remuneradas (previo al parto), otro ejemplo, es la suspensión de servicios, que se da en un contrato de prestación de servicios (el cual si bien no esta contemplado en la ley, tampoco está prohibido, razón por la cual, es una efigie que se esta empleado para este tipo de contratos), comoquiera, que la ley determina que durante la licencia de maternidad no opera la suspensión del contrato laboral, entonces porque en el contrato de prestación de servicios se dé la figura de la suspensión, si esto incidiría en la liquidación de la prima de servicios (de probarse la relación laboral).

Y otro aspecto que llama la atención de la Sala, y sobre el cual se desarrollará la perspectiva de género en esta providencia, tiene que ver con los ingresos que percibe la mujer durante su licencia de maternidad. Lo anterior, atendiendo que la licencia de maternidad para una mujer amparada por una relación laboral es reconocida por la EPS, pero es el empleador quien debe pagarla a la empleada, y luego el empleador repite contra la EPS, de manera que la empleada sigue recibiendo del empleador el pago mensual correspondiente al 100% de su salario, es decir, que para la empleada no es importante lo que la EPS paga por la licencia, puesto que esta debe ser pagada por el empleador, quien luego tendrá que entenderse con la EPS y de ninguna manera se le desmejora lo que venía percibiendo como ingresos para el sustento de su familia.

En cambio, en el caso de la mujer embarazada regida por un contrato de prestación de servicios, el pago de los ingresos que venía percibiendo se ven reducidos al 40% de los honorarios, esto, comoquiera que la Ley 1955 de 2019 en su artículo 244, señala que *«todo trabajador independiente que obtenga ingresos netos mensuales iguales o superiores a un salario mínimo debe cotizar a seguridad social sobre el 40% de los ingresos mensuales»*, así

las cosas, el monto del pago de los ingresos que percibe una mujer en su licencia de maternidad en un contrato de prestación de servicios NO es del 100% (como si lo es, para las mujeres regidas por una relación laboral) sino, de un 40 % del valor de los ingresos sobre los que haya cotizado.

Este asunto merece un especial pronunciamiento, ya que, es un derecho elemental para una mujer no solo el tener a su hijo, sino tenerlo en condiciones dignas, con la tranquilidad de que sus ingresos no se vean menoscabados por su falta de actividad laboral; y es que el solo hecho, de tener un hijo ya genera un cambio en la forma de ver la vida, aumentan las ansiedades por todo lo que esté pasando alrededor, preocupan las condiciones ambientales, las condiciones de seguridad, el cuidado propio del bebé, quien se va quedar con él en las ausencias de los padres y por supuesto que inquietan, los nuevos consumos que cambian la rutina de vida y que conllevan a mayores gastos en un hogar.

Si a lo anterior se suma el hecho de que la madre ve disminuido su ingreso puesto que mientras laboraba devengaba por ejemplo un salario de \$ 4.000.000 pero ahora, solo recibirá el 40% de esos ingresos, esto es, \$ 1.600.000, debe concluirse, que asciende el grado de preocupación y de desigualdad frente a la mujer amparada por una relación laboral.

Si bien es cierto, que en nuestro país no podría pagarse menos del mínimo por licencia de maternidad en un contrato de prestación de servicios, también lo es, que esto no corresponde al nivel de vida que traía la mujer previo a su parto, lo que en si generaría una disminución de sus ingresos, justo en el momento que más necesita percibir dinero, en vista de todos los gastos que acarrea tener un bebé, es por esta razón, que muchas mujeres regidas por un contrato de prestación de servicios, terminan renunciado a su licencia y trabajando concomitantemente, para de esta forma no ver disminuidos sus ingresos. Situación que difiere de la mujer regida por una relación laboral, la cual si puede quedarse tranquila en casa (por lo menos en el aspecto financiero) atendido el cuidado de su bebé y el suyo propio después de pasar por un embarazo y parto.

Y esto partiendo de un embarazo y alumbramiento acontecido en términos normales, en el que tanto la madre como el recién nacido gozan de salud y bienestar, resulta ahora, incalculable imaginar esta misma situación frente a una madre y menor que tienen problemas

de salud y de desarrollo, en los cuales ni siquiera el dinero genera tranquilidad, pero por lo menos, si aminoraría esas dificultades.

Por lo expuesto, es imperioso que desde nuestra labor de operadores judiciales, hagamos un llamado al legislador, para que dote de mayor protección a la mujer en estado de embarazo, es allí, donde está el indiscutible origen de los seres humanos y donde debe iniciar la primera protección de un Estado y sus instituciones, no debe existir diferenciación de trato y protección a mujeres con condiciones uniformes solo por tener diferentes tipos de vinculaciones, NO en este escenario, en el que está de por medio el surgimiento de la vida del ser humano.

En este sentido la Organización Internacional del Trabajo de la que Colombia es parte desde 1919, con la que ha ratificado 61 convenios (54 en vigor); en su Convenio 183 del año 2000¹⁴ estableció que toda mujer que se ausente del trabajo por licencia de maternidad, tendrá derecho a percibir prestaciones en efectivo que le garantice su mantenimiento y el de su hijo en condiciones de salud apropiadas y con un nivel de vida adecuado. El monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a las dos terceras partes de sus ganancias anteriores o a una cuantía comparable. En el Convenio también se dispone que los Estados que lo hayan ratificado deberán adoptar medidas para garantizar que no se obligue a las embarazadas o a las madres en período de lactancia a realizar un trabajo que haya sido considerado como perjudicial para su salud o para la de su hijo, y en él se establece que tales Estados deberán adoptar medidas encaminadas a garantizar que la maternidad no sea un motivo de discriminación laboral. Por otra parte, se prohíbe que los empleadores despidan a una mujer durante el embarazo, o durante su ausencia por licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, con el nacimiento del hijo y con sus consecuencias o la lactancia. Se garantiza a la mujer el derecho a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo o en un puesto equivalente con la misma remuneración. Por otra parte, en el convenio se otorga a la mujer el derecho a una o más interrupciones al día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.

¹⁴ <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang-es/index.htm>

Igualmente, vale la pena traer a colación una sentencia de la Corte Constitucional T-224/21¹⁵, en la que aborda entre otros, el aspecto económico de la licencia de maternidad, en el siguiente sentido:

«[...] 37. La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto.

38. El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. **Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.**

39. En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. **Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.**

40. La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital. Según esta Corte, la licencia de maternidad es: “(...) **un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento**”.

41. Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar

¹⁵ Corte Constitucional, magistrado sustanciador José Fernando Reyes Cuartas, sentencia T-224 del catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021), referencia: expediente T-8.065.769, acción de tutela instaurada por Carolina Deik Acostamadedo contra Coomeva EPS y la Clínica del Country de Bogotá.

que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

*42. La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. **Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.***

*43. Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. **Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales.** Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico» (Negrillas de la Sala).*

En ese orden, la licencia de maternidad tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido, es un auxilio que los protege durante un período razonable antes y después del parto, la cual comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar condiciones de dignidad y calidad en el grupo familiar, asimismo, incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre antes del alumbramiento, a fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

Descendiendo al caso concreto nuevamente, debe indicarse que del plenario no existen elementos materiales que den cuenta del pago de los derechos prestacionales o el despliegue efectuado por la entidad pública demandada, en procura de la protección especial que merecía la señora Amarillo Giraldo, durante su situación de maternidad.

Por lo expuesto, y en garantía de la perspectiva de género, se rechaza cualquier actuación en la que se menoscaben los derechos a la igualdad de la mujer o donde se le discriminen por su condición de gestante, así las cosas, se ordenará a la entidad demandada el pago del 100% del salario mensual de un **docente de planta** durante la licencia de maternidad de la demandante, esto, condicionado a: i) descontar el 40% cancelado por la EPS por ese concepto; ii) que no se hubiera efectuado el pago de la licencia de maternidad o de pagos producto de la ejecución concomitante de contratos de prestación de servicios. Además, se conminará a la entidad accionada a que capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asiste a las mujeres en condición de maternidad, a fin que la conducta objeto de examen no

se vuelva a repetir.

Conclusiones de la Sala.

En el presente asunto, quedó demostrada la existencia de los elementos de la relación laboral, a saber, la prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; por tal razón, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto demandado y se ordenará el pago de los salarios y prestaciones sociales reclamadas, bajo los siguientes parámetros.

- Declarar la existencia de una relación laboral desde el **1º de septiembre de 2015** hasta el **20 de abril de 2017**, esta última tomada de la finalización del último contrato a la presentación de la demanda salvo las interrupciones que se hayan presentado entre contrato y contrato.
- El pago de las prestaciones legales ordinarias a cargo del empleador, deben ser canceladas por la entidad demandada Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, tomando el ingreso base de cotización sobre el salario mensual de un docente de planta, entre el 1º de septiembre de 2015 y el 20 de abril de 2017, salvo sus interrupciones entre contrato y contrato, mes a mes y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleado.
- El tiempo laborado por la señora Diana Marcela Amarillo Giraldo, bajo la modalidad de prestación de servicios con la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional - Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, **desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 20 de abril de 2017, se debe computar para efectos pensionales.**
- Reconocer las vacaciones, la licencia de maternidad, las cesantías y los intereses a las mismas.

- No habrá lugar al reembolso de los aportes en salud que la contratista hubiese realizado, por la naturaleza parafiscal que envuelve estos conceptos, así mismo no se reconocerá la sanción moratoria de las cesantías.

iv) Condena en costas. Con respecto a la condena en costas, esta Sala observa que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

«[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de procedimiento Civil».

Así mismo, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

«[...] En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal

[...]».

De las normas transcritas, se advierte que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

En el presente asunto, no se comparte la decisión del a quo, que condeno en costas, toda vez que se observa que no es procedente imponerlas, ya que no se verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, pues las partes esbozaron argumentos que son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Modificar la sentencia del 15 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho

(18) Administrativo del Circuito de Bogotá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo las siguientes precisiones:

i) El pago de las prestaciones legales ordinarias a cargo del empleador, deben ser canceladas por la entidad demandada Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, tomando el ingreso base de cotización sobre el salario mensual de un **docente de planta**, entre el **1º de septiembre de 2015** y el **20 de abril de 2017**, salvo las interrupciones entre contrato y contrato, mes a mes y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo dicho en la parte considerativa del fallo.

ii) Reconocer la licencia de maternidad sobre el 100% de lo devengado del salario mensual de un **docente de planta** durante la licencia de maternidad de la demandante, esto, condicionado a: descontar el 40% cancelado por la EPS por ese concepto y, que no se hubiera efectuado el pago de la licencia de maternidad o de pagos producto de la ejecución concomitante de contratos de prestación de servicios.

iii) Reconocer las vacaciones, cesantías y los intereses a las mismas, conforme a lo dicho en la parte motiva.

iv) Sin condena en costas en las dos instancias.

Segundo. Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

Tercero. Conminar a la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Dirección de Bienestar Social – Colegio Nuestra Señora de Fátima, que, en un término no mayor a 30 días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres embarazadas y en condición de maternidad, especialmente a quienes están vinculadas por contrato de prestación de servicios, a fin que la conducta expuesta en el sub-lite no vuelva a ocurrir.

Cuarto. Sin condena en costas en las dos instancias.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones a que haya lugar.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,
Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de decisión de la fecha.



Luis Gilberto Ortegón Ortegón
Magistrado



José Rodrigo Romero Romero
Magistrado



Alberto Espinosa Bolaños
Magistrado