



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: Dr. William Hernández
Gómez**

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2018

Radicación: 08001-23-33-000-2014-01165-01

Número interno: 2262-2016

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Milagros Zeneth García Cuello

Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-212-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

La señora Milagros Zeneth García Cuello, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y la Clínica de la Policía Regional del Caribe.

Pretensiones²:

¹ Folios 1 a 13.

² Folios 1 a 2.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio S-2014-0221/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 11 de junio de 2014, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento de la existencia del vínculo laboral y pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante.
2. Declarar que entre la entidad demandada y la señora Milagros Zeneth García Cuello existió una verdadera relación laboral durante toda su vinculación, desde el 1.º de enero de 2005 hasta el 6 de abril de 2014.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

3. Ordenar a la demandada a reintegrar a la señora Milagros Zeneth García Cuello, en el cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación o en otro de igual o superior categoría.
4. Ordenar a la demandada a que cancele todas las prestaciones sociales como son: vacaciones, cesantías, primas, pagos a la seguridad social y a cualquier otro beneficio laboral legal o extralegal a la que tuviere derecho.
5. Condenar a la parte demandada a que, a título de sanción moratoria, cancele el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de las mencionadas prestaciones, desde la oportunidad en que se hicieron exigibles, hasta el momento en que efectivamente se proceda a su cancelación.
6. Ordenar a la demandada a reparar a la señora Milagros Zeneth García Cuello el daño causado, el pago de una indemnización de conformidad a lo dispuesto en la Ley 244 de 1995.
7. Ordenar el cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.
8. Condenar en costas a la demandada.

Fundamentos fácticos relevantes³:

1. La señora Milagros Zeneth García Cuello prestó sus servicios en la Clínica de la Policía Nacional como enfermera, durante 9 años de manera ininterrumpida, desde el 1.º de enero de 2005 hasta el 6 de abril de 2014.

³ Folios 2 a 3.

2. La demandante fue vinculada a la Clínica de la Policía Regional del Caribe bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios sucesivos, situación que da cuenta de la continuada dependencia y subordinación.
3. Como parte de los contratos, la demandante adujo que se encontraba en la obligación de cumplir órdenes, horarios y todos los demás elementos que configuran la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.
4. La demandante presentó petición ante la Clínica de la Policía Regional Caribe el 27 de mayo de 2014, en la cual solicitó el pago de todas las prestaciones sociales y el reconocimiento de la relación laboral.
5. Mediante el Oficio S-2014-0221/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 11 de junio de 2014, la demandada dio respuesta negativa a la solicitud.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁵

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del

⁴ Folios 584 a 586 y CD a folios 587.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁶.

En el presente caso, a folios 265 y 266, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] La parte demandada presentó excepciones dentro de las cuales se tienen como previas las que a continuación se tratan:

“inepta demanda por ausencia de argumentos fácticos y jurídicos en el concepto de la violación.”, propuesta por la parte demandada en los siguientes términos:

[...]

De lo anterior se tiene que, muy a pesar de que la demanda no contenga un acápite denominado concepto de la violación, de la demanda en su conjunto se puede extraer el sustento normativo constitucional y legal en que se funda sus pretensiones así como los soportes fácticos de la misma, además porque es en la admisión de la demanda el momento en que se verifica los requisitos de la demanda y el Tribunal en su momento lo encontró acorde a derecho el tema del concepto de la violación por lo cual sí se consideró en su momento que la demanda no debía ser admitida pues debió presentarse el respectivo recurso frente a esta providencia. Razón por la cual la excepción citada no está llamada a prosperar en aras de darle prevalencia al derecho sustancial sobre lo formal.

De conformidad con lo anterior el Tribunal Administrativo del Atlántico Sala de Decisión A Resuelve:

DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR AUSENCIA DE ARGUMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS EN EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN, PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA. [...]» (Negrita y mayúscula del original)

La decisión quedó notificada en estrados. Sin recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En el *sub lite*, en folios 266 a 267, el Tribunal fijó el litigio respecto del problema jurídico:

⁶ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

⁷ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

«[...] De conformidad con lo planteado en los supuestos fácticos y lo pedido en las pretensiones de la demanda, y en punto a que las partes conocen la numeración de los hechos y su contenido, el trámite de la demanda y su resolución, pasa por establecer si el acto administrativo atacado por la parte actora está viciado de nulidad y como consecuencia de ello determinar si la demandante tiene derecho a que se declare que existió una relación laboral legal y reglamentaria entre este y la entidad demandada y como resultado de ello a los consecuentes reconocimientos prestacionales a que hubiere lugar, sin perjuicio de estudiar y resolver oficiosamente acerca de la prescripción de tales derechos. [...]».

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia escrita dictada el 7 de diciembre de 2015, resolvió:

«[...] **PRIMERO:** DECLARAR no probadas las excepciones “*Falta de causa para demandar*”, “*Cobro de lo no debido*”, “*Buena fe contractual*”, propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2014-0221/SECSA-ASJUR-10.7.1 de 11 de junio de 2014 proferido por el Jefe Seccional de Sanidad Atlántico y por medio del cual se le da respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL (CLÍNICA REGIONAL CARIBE DE LA POLICÍA NACIONAL), pagar a la actora, señora Milagros Zeneth García, las prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados así como aportes de seguridad social, correspondientes al período solicitado en la demanda y en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el 1 de enero de 2005 hasta el 06 de abril de 2014, en el entendido de que dichas sumas reconocidas se pagarán como indemnización teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva. [...]» (Cursiva y negrita del texto original)

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

De acuerdo con los elementos probatorios obrantes en el proceso, el tribunal encontró demostrado que la demandante estuvo vinculada como auxiliar de enfermería en la entidad demandada, mediante contratos de prestación de servicios entre el 1.º de enero de 2005 hasta el 6 de abril de 2014. Además, destacó la declaración de la testigo Maolis Jiménez Fontalvo y el objeto contractual, del cual sostuvo que las funciones desarrolladas por la señora García Cuello eran de las más importantes de las unidades seccionales de sanidad y las clínicas regionales de la policía nacional.

⁸ Folios 304 a 324.

Así mismo, indicó que de los contratos se podía evidenciar la existencia de auxiliares de enfermería en la planta de personal de la entidad demandada, hecho del cual concluyó que el servicio prestado por la demandante no era temporal u ocasional, sino que era permanente.

En consecuencia, concluyó que, al estar probado que las labores desarrolladas por la demandante eran idénticas a las ejercidas por el personal de planta, se cumplieron los tres elementos de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

Finalmente, el *a quo* sostuvo que el encubrimiento de la relación laboral no le otorga a la demandante la calidad de empleada pública y se pronunció frente al fenómeno de la prescripción, sobre el cual manifestó que por tratarse de una sentencia constitutiva no había lugar a la aplicación de esa figura jurídica.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La entidad demandada manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia al considerar que, si bien la vinculación se hizo a través de contratos de prestación de servicios, no se podía inferir de ello el encubrimiento de una verdadera relación laboral, pues desde el inicio de la celebración de los susodichos actos, la señora García Cuello fue consciente de que estos se sustentaron en la Ley 80 de 1993 y no se desvirtuó su formalidad, porque no se configuraron los tres elementos estructurales de la relación laboral.

En ese sentido, sostuvo que el único testimonio valorado por el *a quo* fue el de la señora Maolis Jiménez Fontalvo, sin tener en cuenta la parcialidad de esta que afectó su declaración pues esta tenía pleito pendiente con la entidad por situación fácticas y jurídicas similares a las aquí discutidas, situación en la que también se encontraban los testigos, Manuel Torregrosa Palacio y Nadima Aguad de la Hoz.

De igual forma, consideró que si la demandante «[...] prestaba un servicio y percibía una contraprestación, por la naturaleza del contrato, aquélla le asistía su obligación de prestar un servicio con una contraprestación consistente en unos honorarios pactados y cancelados en desarrollo de su labor acordada formalmente bajo las reglas y acuerdos establecidos [...]», y que no existió subordinación porque la señora García Cuello no estaba sujeta al cumplimiento de horario impuesto por la Policía Nacional «[...] pues los turnos eran ofrecidos por los mismos contratistas, ya que el servicio que prestaban estos tenía que organizarse y no podían desempeñar el servicio como riendas sueltas, además de que los

⁹ Folios 328 a 338.

mismos contratistas se organizaban en los horarios establecidos en unas planillas por cuanto en los días en que no laboraban en la Clínica de la Policía nacional, lo hacían en otras instituciones [...]], ni cumplía órdenes «[...] ni estaban sujetos a mando ni dirección [...]» de acuerdo con el testimonio de la señora Ana Leonidas Coavas Martínez.

En segundo lugar, señaló que el hecho de que en la entidad no existiera suficiente personal para desarrollar la labor contratada «[...] no da lugar ni implica a determinar que por este motivo se encuentren probados los tres elementos de la relación laboral, ni se considere que como la aquí demandante cumplía las mismas labores desarrolladas por otros enfermeros auxiliares de planta y que la contratación se hacía por carecer la planta de personal de la referida clínica del número suficiente, no es dable que también se infiera que con la simple existencia de los contratos celebrados bajo las formalidades de la ley 80 de 1993 y demás normas concordantes se cubra una relación laboral. [...]».

Como tercer punto, la entidad apelante considera que se refuerza la inexistencia de la subordinación en «[...] el hecho de que tanto el horario establecido como algunas de sus funciones, eran más bien instrucciones de coordinación entre las partes de cómo y en qué tiempo iba la entidad a recibir el servicio contratado, al igual que la contratista cómo y en qué lapso iba a prestar el servicio profesional contratado en su idoneidad y experiencia, **previo ofrecimiento incluyendo lógicamente una relación de turnos ofertados tal como así se encuentra plasmado en las planillas anexas por la parte demandante.** [...]».

Asimismo, alegó que el tribunal debió tener en cuenta que la demandante no demandó oportunamente toda vez que la relación inició en el año 2005, pero esperó nueve años para reclamar ante la administración, con lo cual se desprende que su pretensión era la de revivir términos. También hizo referencia a las obligaciones derivadas de los contratos, tanto para el contratista como para el contratante y a las características del contrato de prestación de servicios, y que los honorarios pactados son superiores a los percibidos por el personal de planta, para concluir con la solicitud de revocar el fallo de primer grado y en su lugar, negar las pretensiones de la señora Milagros Zeneth García Cuello.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada¹⁰: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

¹⁰ Folios 367 a 369.

Tanto la parte demandante como el Agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa, según se advierte en constancia obrante a folio 376 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Milagros Zeneth García Cuello con el Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Clínica Regional Caribe pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

¹¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales 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 por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹² «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

2. ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora Milagros García Cuello y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

Primer problema jurídico

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Milagros Zeneth García Cuello con el Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Clínica Regional Caribe pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La demandante sí demostró la configuración de todos los elementos de la relación laboral, particularmente, la subordinación o dependencia continuada, motivo por el cual debe declararse la existencia del contrato realidad en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, contenido en el artículo 53 Superior. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]»
(Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o

funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹³, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁵ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁶.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo. Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", ratificó el "Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

¹³ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

¹⁴ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁵ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁶ Corte Constitucional C-614 de 2009.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- [...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Sala)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁷ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para

¹⁷ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.»

«**Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

efectivizar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Constitución Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

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

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

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas anteriormente, el cual se desarrolla seguidamente.

Naturalización de la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de

verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁸

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Extremos temporales de la relación en el *sub lite*

En virtud de los razonamientos esbozados, se tiene que el tribunal resolvió reconocer la existencia de una relación de carácter laboral entre la señora Milagros García Cuello y la Policía Nacional entre el 1.º de enero de 2005 y el 6 de abril de 2014, de forma continua e ininterrumpida. No obstante, en el presente caso se observa, conforme con la documentación obrante en el expediente, que la señora Milagros Zeneth García Cuello prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la entidad demandada, de la siguiente forma:

CPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
67-7-20008	Prestar servicios como auxiliar de enfermería	01/01/05 a 31/03/05 ¹⁹ (3 meses)	\$2.460.000 (\$820.000 mensual)	21-22
67-7-20155	<i>Ibidem</i>	01/04/05 a 30/11/05 ²⁰ (8 meses)	\$6.560.000 (\$820.000 mensual)	23-29
67-7-20313	<i>Ibidem</i>	02/12/05 a 11/02/06 ²¹ (2 meses 10 días)	\$2.146.667 (\$920.000 mensual)	33-39
67-7-20024	<i>Ibidem</i>	12/02/06 a 31/03/07 ²² (13 meses 19 días)	\$12.542.667 (valor mensual no indicado)	43-46
67-7-20051	<i>Ibidem</i>	09/04/07 a 08/06/07 ²³ (2 meses)	\$2.024.000 (\$1.012.000 mensual)	47-52 53-58
67-7-20224	<i>Ibidem</i>	01/07/07 a 31/03/08 ²⁴ (9 meses)	\$9.108.000 (\$1.012.000 mensual)	63-69
67-7-20078	<i>Ibidem</i>	01/04/09 a 30/11/09 ²⁵ (8 meses)	\$8.096.000 (\$1.012.000 mensual)	74-80
67-7-20411	<i>Ibidem</i>	01/12/09 a 04/04/10 ²⁶ (4 meses)	\$4.250.400 (\$1.062.000 mensual)	85-91
67-7-20112	<i>Ibidem</i>	16/04/10 a 31/10/10 (6 meses 15 días)	\$6.906.900 (\$1.062.200 mensual)	96-102
67-7-20006	<i>Ibidem</i>	08/02/11 a 07/11/11 (9 meses)	\$9.563.400 (\$1.06.600 mensual)	105-111
67-7-	<i>Ibidem</i>	08/11/11 a 31/03/12 ²⁷	\$5.065.000	112-115

¹⁸ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

¹⁹ Según acta de liquidación de contrato obrante en folios 21 a 22.

²⁰ Según acta de liquidación visible a folios 30 y 31.

²¹ Según acta de liquidación obrante a folios 41 a 42.

²² Según acta de liquidación (incluida adición) allegada a folios 43 a 45.

²³ Según acta de liquidación obrante a folios 60 a 61.

²⁴ Según acta de liquidación visible a folios 70 a 72.

²⁵ Según acta de liquidación allegada a folios 81 a 83.

²⁶ Según acta de liquidación obrante a folios 92 a 94.

20287		(4 meses 23 días)	(valor mensual no indicado)	
67-7-20099	<i>Ibidem</i>	01/04/12 a 15/10/12 ²⁸ (4 meses)	\$7.125.846 (\$1.096.284 mensual)	116-123
67-7-20339	<i>Ibidem</i>	16/10/12 a 15/04/13 (6 meses)	\$6.577.704 (\$1.096.284 mensual)	128-136
67-7-20339 Adición	<i>Ibidem</i>	16/04/13 a 15/07/13 (3 meses)	\$3.288.852 (\$1.096.284 mensual)	137-138
67-7-20237	<i>Ibidem</i>	16/07/13 a 31/03/14 (8 meses 15 días)	\$9.318.414 (\$1.096.284 mensual)	139-147

De acuerdo con lo anterior, los contratos de prestación de servicios arrimados al proceso permiten advertir que la demandante prestó sus servicios, efectivamente, a la Clínica Regional Caribe de la Policía Nacional, en los siguientes periodos:

Del 1.º de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2005
Del 2 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2007
Del 9 de abril de 2007 al 8 de junio de 2007
Del 1.º de julio de 2007 al 31 de marzo de 2008
Del 1.º de abril de 2009 al 4 de abril de 2010
Del 16 de abril de 2010 al 30 de octubre de 2010
Del 8 de febrero de 2011 al 31 de marzo de 2014

Ello al encontrar interrupciones de, al menos, un día, o hasta meses entre los distintos contratos de prestación de servicios, y sobre dichos periodos es que debe determinarse si existió, o no, la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada.

Ahora, si bien es cierto que la señora Milagros García pretendió con la demanda el reconocimiento de la relación laboral sin solución de continuidad, lo cierto es que en el expediente no obra un medio de convicción que permita a esta Corporación llegar a un grado de convencimiento acerca de la vinculación continua, sucesiva e ininterrumpida con la entidad demandada.

Por otra parte, si bien las certificaciones obrantes a folios 19 a 20 (aportada por la demandante) y 249 (allegada por la entidad demandada) se hace referencia a un periodo de vinculación a través del CPS 67-7-20073 de 2008, con una duración de 12 meses comprendidos entre el 1.º de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2009, la Corporación no advierte que se hubiese allegado copia del citado contrato, siendo este el medio de prueba idóneo para acreditar la prestación del servicio, por lo que únicamente se evidencia que del CPS 67-7-20224 se pasa al 67-7-20078, es decir, sin demostrar fehacientemente la existencia de una relación de carácter contractual adicional.

²⁷ Según acta de liquidación visible a folios 112 a 115.

²⁸ Según acta de liquidación allegada a folios 124 a 127.

En consecuencia, se reitera, en caso de encontrar acreditados los elementos de la relación laboral, la Corporación advierte que los extremos temporales en los que se ha de reconocer el contrato realidad serán los efectivamente demostrados, estos son los siguientes:

Del 1.º de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2005
Del 2 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2007
Del 9 de abril de 2007 al 8 de junio de 2007
Del 1.º de julio de 2007 al 31 de marzo de 2008
Del 1.º de abril de 2009 al 4 de abril de 2010
Del 16 de abril de 2010 al 30 de octubre de 2010
Del 8 de febrero de 2011 al 31 de marzo de 2014

Elementos de la relación laboral

- **Prestación personal del servicio**

Definidos los extremos de la vinculación de la demandante, para esta Subsección, está demostrado que la señora García Cuello prestó de forma personal sus servicios como auxiliar de enfermería en la Clínica de la Policía Regional Caribe, de acuerdo con los contratos arriba indicados y que tienen como característica ser *intuitu personae*, es decir, por tratarse de una actividad que no se puede delegar en un tercero.

- **Remuneración o retribución por el servicio prestado**

Frente al elemento de la remuneración, advierte la Corporación que, pese a no obrar pruebas en el expediente de los pagos efectuados en los periodos reclamados, entre la señora Milagros Zeneth García Cuello y la Clínica de la Policía se pactó el pago de sumas mensuales por concepto de honorarios en los respectivos contratos de prestación de servicios, razón por la cual se entiende acreditado que la demandante recibía una contraprestación periódica por la ejecución de las actividades para las cuales era contratada.

- **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que

imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

«Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»²⁹

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el

²⁹ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Ahora bien en el presente caso, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, elemento sobre el cual la Policía Nacional consideró que no fue acreditado fehacientemente, la Subsección no comparte los razonamientos expuestos por la parte apelante porque, del material probatorio obrante en el expediente obran elementos de prueba suficientes para concluir que la señora García Cuello sí estuvo sometida a la entidad demandada.

Para el efecto, de acuerdo con los contratos arrimados al expediente y relacionados previamente, se observa que la señora Milagros García Cuello fue vinculada, como auxiliar de enfermería, para desarrollar, entre otras, funciones tales como³⁰:

Prestar sus servicios de acuerdo con las normas propias de su profesión, actividad u oficio
Relazar las gestiones profesionales o actividades encomendadas respetando las normas y reglamentos de la Policía Nacional – Dirección de Sanidad, conservando su autonomía profesional
Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por la entidad para la ejecución de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados y a devolverlos a la institución a la terminación del contrato
Guardar la confidencialidad de toda la información que le sea suministrada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular y responderá patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por sí o por un tercero se acuse a la administración o a terceros
Colaborar con la entidad en el logro de sus fines y en la misión que se ha propuesto de promover y mantener la salud integral de los afiliados y beneficiarios del subsistema de salud de la Policía Nacional, por medio de un servicio efectivo, en las fases de promoción, prevención, atención y rehabilitación
Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales
Cumplir con las obligaciones respecto al Sistema de Seguridad Social Integral en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002
Emitir los conceptos que se le requieran, hacer parte de los comités académicos, administrativos, estructurales y de evaluación de las contrataciones administrativas que lleve a cabo la Seccional de Sanidad del Atlántico para las cuales sea designada, asumiendo las obligaciones establecidas en el acto de designación sin perjuicio del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y cumpliendo las demás obligaciones inherentes al contrato
Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a los funcionarios de la seccional, a los pacientes y a las demás personas con que tenga relación con ocasión de la prestación del servicio, observando la moral y las buenas costumbres
Presentar dentro de los 5 días hábiles antes de la fecha de terminación del contrato un informe consolidado sobre todas las actividades desarrolladas durante el término de ejecución y entregar los bienes inventariados para el desarrollo de las tareas del objeto contractual
Realizar el cuidado integral del paciente de conformidad a lo señalado para el manejo de patologías establecidos dentro del plan integral del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y la policía Nacional de Colombia
Contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios
Hacer anotaciones sobre las observaciones y procedimientos practicados al paciente en la historia clínica
Colocar y archivar las historias clínicas de los usuarios para la prestación del servicio

³⁰ Funciones tomadas de los contratos 67-7-20155 de 2005 (fl.23-29), 67-7-20313 (fl..33-39), entre otros.

Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos
Participar en los programas especiales asistenciales que dependan directamente del área como el programa de atención domiciliaria
Realizar los procedimientos ordenados por el médico
Propender por la presentación personal de acuerdo a las normas establecidas por la Seccional de Sanidad del Atlántico
Participar en la definición, estandarización y actualización de los protocolos o instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes
Participar en las brigadas de salud programadas por la Seccional de Sanidad del Atlántico
Colaborar con los entes de control cuando así se requiera
Participar en los programas docentes asistenciales que desarrolle la Dirección de Sanidad mediante convenios con centros educativos o de formación
Hacer parte operativa de los comités especiales, de juntas médico quirúrgicas entre otras
Asistir a las charlas programadas sean de carácter asistenciales o administrativas

A juicio de esta Subsección, las funciones transcritas no pueden ser consideradas como actividades esporádicas ejercidas por la Clínica Regional de la Policía, sino que, en su generalidad, tienen un carácter de permanencia por cuanto hacen parte integral de la misión de cualquier ente que preste servicios de salud, razón por la cual se estima que la labor desarrollada por la demandante, como auxiliar de enfermería, era necesaria para la prestación eficiente del servicio público esencial.

Ahora, es preciso señalar además que la sola actividad como auxiliar de enfermería no es suficiente para encontrar acreditada la subordinación y dependencia continuadas, pues la Ley 80 de 1993 autoriza la contratación por prestación de servicios cuando las **«actividades no pueden realizarse con personal de planta»**. En ese sentido, la relación contractual se fundó en el hecho de que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no contaba con personal suficiente para desarrollar el servicio³¹.

Sin embargo, para la Corporación, el sustento de la vinculación contractual con la señora Milagros Zeneth García Cuello a fin de ejercer su profesión como auxiliar de enfermería en la entidad demandada, esto es, por carecer en su planta de personal de cargos suficientes para el desarrollo de las actividades necesarias para la efectiva prestación del servicio, por un lapso aproximado de ocho años (de acuerdo con los extremos efectivamente demostrados en este proceso), rompe con el carácter temporal y eventual de la figura regulada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo anterior, la Corporación considera que un término de 8 años no es razonable para que la demandada no efectuara los cambios administrativos

³¹ Según se advierte en la parte considerativa de los contratos a los que se hizo referencia en la tabla 1 de esta providencia.

en la planta de personal para su adecuación a las necesidades reales del servicio del ente de salud.

Por otra parte, aunque en el recurso de alzada se discute por el apelante que se hubiese valorado el testimonio de la señora Maolis María Jiménez Fontalvo por tener un interés en la resolución del asunto al sostener que había demandado a la entidad por una situación fáctica y jurídica similar a la de la señora Milagros García, se advierte por la Subsección que el testimonio no fue tachado por sospechoso en la oportunidad prevista por la ley, y en todo caso, el efecto contemplado por el artículo 211 del CGP no consiste en la no valoración de la prueba testimonial, sino que esta debe efectuarse con un mayor grado de rigurosidad.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que la señora Maolis María Jiménez Fontalvo, enfermera profesional y quien conoció a la demandante en razón del desempeño de esta última como auxiliar de enfermería en la Clínica de la Policía al ejercer, entre 2007 y 2014, como su jefa inmediata en el servicio de urgencias, sostuvo³²:

«[...] **Preguntado:** ¿Qué funciones tenía la señora Milagros Zeneth? **Contestó:** Bueno, dentro de las funciones que tenía la señora Milagros era desempeñarse en el servicio de urgencia realizando procedimientos delegados por la Clínica de la Policía. Este, realizaba procedimientos, como le decía, electros, canalizaciones, en fin, todos los procedimientos, código azul, todo lo que se encontraba en el servicio. **Preguntado:** ¿Siempre se desempeñó ella en urgencias? **Contestó:** Y hospitalización y cirugía, recuerdo. [...] **Preguntado:** ¿Usted tiene conocimiento si la señora Milagros Zeneth durante el tiempo que permaneció al servicio de la Policía fue sancionada? **Contestó:** Dentro de lo que conozco, no. [...] **Preguntado:** ¿Sírvase decir la declarante si las funciones que cumplía la señora Milagros como las descritas anteriormente por usted en respuesta anterior correspondían a las mismas que otras enfermeras de planta, ósea, vinculadas a través de un contrato fijo, de planta, desarrollaban estas? **Contestó:** Claro, hasta más, era una auxiliar, aparte de ser una excelente auxiliar, cumplía muchas funciones, también, este, se desempeñaba, cumplía nuestros horarios en la institución, también eran asignadas o el Coronel, el Coronel por lo general siempre era el que nos daba la autoridad para hacer los, cómo es que se llama, lo que nos correspondía. **Preguntado:** ¿Sírvase decir la testigo si los instrumentos y demás herramientas necesarias para el cumplimiento de sus funciones eran suministradas por la Clínica de la Policía o en su defecto era menester aportarlas las trabajadoras? **Contestó:** Nosotras no aportábamos ninguna clase de insumos ni tampoco instrumentos que le proporcionáramos a la institución. La institución nos proporcionaba todo, hasta un fonendo, hasta una aguja. [...] **Preguntado:** ¿Sírvase decir la testigo a qué tipo de situación se

³² Testimonio obrante en CD a folio 289. Minutos 26:04 a 47:59

veía expuesta la señora Milagros o cualquiera otra, vinculada bajo la modalidad de contratación, prestación de servicios, en el evento de que dejara de cumplir los turnos, asistir oportunamente, cumplir alguna función o delegación impuesta por sus superiores? **Contestó:** Obviamente nos pasaban un memo, obviamente enseguida nos llamaban para saber que había pasado en el turno, en caso tal pues de que no asistiéramos, un ejemplo, un turno que no asistiéramos que estuviéramos asignados en el horario y si no asistíamos, nosotros como jefes de los auxiliares teníamos que reportar el evento de que el auxiliar no se había presentado, que el auxiliar no había asistido, x, y motivo teníamos que informarlo y obviamente nos pasaban un memo. [...]

Preguntado: ¿Sírvese decir la testigo si además del cumplimiento de las funciones de carácter médicos, también se les imponía con ese criterio de imposición la realización de otras actividades y cuáles si las recuerda?

Contestó: Sí claro, también asistíamos a otros eventos de la institución como ir a la, un ejemplo, a la escuela de los uniformados a hacer campañas, a parte de eso asistíamos a las guachernas, los carnavales, nos llevaban allá, a parte de esto teníamos que estar presenciales en los planes de contingencia que tenía la institución, fueran votaciones, fueran carnavales y de acuerdo a los turnos que teníamos, si estábamos libres dentro del horario, nosotras teníamos que permanecer disponibles en la situación, en caso tal de que nos llamaran o si la institución prefería que estuviéramos presenciales en la institución, ahí permanecíamos. [...]

Preguntado: ¿Ha usted ejercido algún tipo de acción judicial y en qué despacho judicial se encuentra lo relacionado y que tenga que ver con alguna demanda laboral que tenga que ver con haber laborado con la Clínica de la Policía?

Contestó: No señor. **Preguntado:** ¿Dice usted que cumplían horarios, quién coordinaba y organizaba esos horarios? **Contestó:** Nuestra jefe inmediata, la jefe Ana, mi última jefe inmediata. [...]

Preguntado por el magistrado: ¿Usted ha presentado demanda contra la Policía Nacional? **Contestó:** Sí señor.

Preguntado: ¿Qué motivo su demanda? **Contestó:** La inconformidad que sentí con la institución, haber trabajado quizás nueve años en la institución, haber estado, haber dado todos mis servicios, haber presentado todo y de pronto no tener prestaciones, de pronto cumplir horarios fijos, siempre estar dispuesta para la institución y que quizás

ver que no recibía absolutamente nada y de ver que quizás ahora que estoy en otra institución, que ejerzo un contrato laboral como tal, me doy cuenta que hago lo mismo, hago lo mismo que hacía en la Policía y quizás hasta más, porque yo en la Policía era recepcionista, era, este, referencia y contrarreferencia en horas de la noche [...]

Preguntado: ¿Esas planillas que usted acaba de observar es una relación de turnos u horarios, díganos por qué motivo en su encabezamiento dice que esa relación de turno fueron ofertados por los contratistas de enfermería de urgencias? **Contestó:** Porque aquí solamente están los que últimamente se relacionaron como turnos ofertados por los contratistas, pero los primeros horarios, en donde nos imponían como tal el horario no aparecen. [...]

De acuerdo con las manifestaciones de la testigo, para la Subsección cobra especial importancia la afirmación de la declarante en el sentido de los llamados de atención en caso del incumplimiento de los horarios o turnos programados a los contratistas para la prestación de los servicios, al sostener que «[...] obviamente enseguida nos llamaban para saber que había pasado en el

turno, en caso tal pues de que no asistiéramos, un ejemplo, un turno que no asistiéramos que estuviéramos asignados en el horario y si no asistíamos, nosotros como jefes de los auxiliares teníamos que reportar el evento de que el auxiliar no se había presentado, que el auxiliar no había asistido, x, y motivo teníamos que informarlo y obviamente nos pasaban un memo [...]»

Para la Corporación dicha aseveración se encuentra confirmada en el *sub examine* con el oficio 771/JEFAT-CLICA-DEATA, visible a folio 15 del expediente, suscrito por la Mayor Elianne Gaitán Serrano, Jefa de la Clínica Regional Caribe de la Policía Nacional, y dirigido a la aquí demandante, en el cual se observa:

«[...] en virtud de que en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios No.67-7-20224 celebrado con usted en fecha 1º. de julio de 2007 quedó claramente pactado su obligación de prestar sus servicios como auxiliar de enfermería en forma eficiente y oportuna, solicito a usted informar, en el término de 24 horas contadas a partir del recibido del presente oficio, el motivo por el cual el día 5 de Noviembre del año en curso no se presentó a prestar sus servicios, lo cual generó inconvenientes en el servicio [...]» (Subraya la Sala)

Del citado se infiere, no solo la obligación del cumplimiento de horarios o turnos para la prestación de la actividad contratada, situación que por si sola no es determinante para la configuración de la subordinación y dependencia continuada, sino también el uso del poder sancionador de la entidad, aunque en una mínima expresión de él, dado que, ante la ausencia de la señora García Cuello a uno de los turnos asignados, se le ordenó a esta rendir la explicación por su inasistencia, lo cual constituye, conforme al modo en que quedó planteado en el documento objeto de valoración, un llamado de atención.

Ahora, pese a que el apelante pregona que la señora Milagros Zeneth García no estaba en la obligación de cumplir un horario impuesto por la clínica, sino que estos horarios eran ofertados por los contratistas, la Subsección considera, con fundamento en las reglas de la experiencia, que dichos horarios o turnos no respondieron a la libertad y autonomía de los profesionales vinculados por prestación de servicios, sino a la necesidad de estos por obtener los contratos. Ello se evidencia de las diferentes «ofertas» obrantes a folios 257, 258, 260, 261 y 262, en las cuales la demandante manifiesta acogerse, en virtud del ofrecimiento, «[...] a los horarios establecidos por la entidad. [...]»

Frente a este punto, la entidad demandada solicitó tener en cuenta el testimonio de la señora Ana Leonidas Coabas Martínez, Suboficial de la Policía

Nacional y enfermera jefe de la planta de personal de la Clínica de la Policía, quien declaró³³:

«[...] **Preguntado:** ¿Aclárenos aquí por qué se dice en esa relación de turnos que eran ofertados por los contratistas? [...] **Contestó:** La relación de turnos ofertados por los señores contratistas se hacía de una manera en que ellos nos ofertaban a nosotros sus turnos, en ningún momento, como dice el señor juez, para hablar de la planilla, en ningún momento la planilla era impuesta o los turnos eran impuestos por la Clínica de la Policía o la dirección de la clínica, eran ofertados por ellos y se hacía de una manera organizada ofrecidos por los señores contratistas. **Preguntado:** ¿Aclárenos por qué motivo se encuentran firmadas estas planillas por el señor Coronel Luis Alberto Botero Castrillón como director de la clínica y Ana Cuabas Martínez como coordinadora de enfermería? **Contestó:** La planilla se firmaba porque, como nuevamente reitero, eran unos turnos que ellos ofrecían, no podía tener en ese momento porque yo era la coordinadora de enfermería en ese momento tener un turno desorganizado, había que organizarlo y de alguna manera en que ellos pudieran ofrecer unos turnos se hacía la planilla en coordinación con ellos, cuando ellos siempre los ofrecían los turnos, entonces yo no podía tener el turno desorganizado en la clínica porque es un servicio que es continuo, la salud de los pacientes no se puede suspender en ningún momento, tiene que haber continuidad de ese servicio porque estamos viendo la salud y preservar la vida de los pacientes, entonces yo no podía tener un turno desorganizado, es como en cualquier entidad, hay que organizarlo siempre y cuando se hacía en la manera en que ellos ofertaban los turnos, que ellos los ofrecían para yo poder organizar la planilla. **Preguntado:** ¿Díganos si puede aclararnos aquí por qué los contratistas ofrecían esos turnos y se organizaban de esa manera? **Contestó:** Bueno, habían contratistas o hay todavía en la clínica que tienen otros, otras entidades donde ellos laboran, otras instituciones donde ellos laboran, entonces qué hacían ellos, o qué hacen ellos todavía, organizan los turnos de manera en que ellos puedan trabajar en otra entidad, muchos de los contratistas que están en la clínica o que estaban en ese momento cuando yo estaba tenían otras labores en otras entidades, entonces se hacía de esa forma, porque ellos laboraban en otra parte y se hacía de una manera organizada. [...]»

Para la Subsección, la declaración de la Suboficial no es lo suficientemente responsiva y completa porque los cuestionamientos que se le realizaron fueron de carácter general, es decir, no hicieron referencia específica a la señora Milagros Zeneth García Cuello.

Así las cosas, en el preciso caso de la señora García Cuello, la Corporación considera que los servicios no fueron ofertados para ser desarrollados en un horario específico, como podría ser la elección de la demandante desarrollar sus actividades en la Clínica de la Policía en la mañana o en la tarde o incluso el turno nocturno, ello por cuanto la entidad, para efectos de garantizar la

³³ Ídem. Minutos 1:09:37 a 1:25:34.

prestación de los servicios de salud tiene que organizar el personal del que dispone de modo tal que exista quien lleve a cabo las diferentes funciones requeridas en las instalaciones del centro de salud durante las 24 horas, razón por la cual no se puede exponer a que todos sus contratistas elijan de modo irrestricto en qué momentos ejecutarían sus actividades, pues corre el riesgo de que la entidad se vuelva inoperante o ineficiente en aquellos periodos de la jornada en que el personal es más reacio a laborar por su propia voluntad.

Por consiguiente, conforme con las reglas de la experiencia, la Subsección considera que, en el caso concreto de la señora Milagros Zeneth García Cuello se demostró fehacientemente la prestación personal del servicio bajo subordinación y dependencia continuada mientras actuó como auxiliar de enfermería en la Clínica de la Policía Regional Caribe, toda vez que las actividades desarrolladas por esta se extendieron por alrededor de 8 años, situación que para esta Corporación desbordó la temporalidad de la vinculación contractual en cuanto a que la función se ejerció permanentemente y no por el término estrictamente indispensable.

Estas funciones hacían parte integral de la misión del ente hospitalario y; la labor no podía prestarse bajo condiciones de autonomía e independencia toda vez que la demandante estaba sometida al cumplimiento de turnos u horarios y, en caso de su inobservancia era sujeto del poder disciplinario de la entidad como un verdadero empleador.

En conclusión: Para la Corporación se demostró la configuración de los elementos propios de la relación laboral entre la señora Milagros Zeneth García Cuello y la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Clínica Regional Caribe, pero únicamente por los periodos comprendidos entre:

Del 1.º de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2005
Del 2 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2007
Del 9 de abril de 2007 al 8 de junio de 2007
Del 1.º de julio de 2007 al 31 de marzo de 2008
Del 1.º de abril de 2009 al 4 de abril de 2010
Del 16 de abril de 2010 al 30 de octubre de 2010
Del 8 de febrero de 2011 al 31 de marzo de 2014

Segundo problema jurídico

¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora Milagros García Cuello y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral y que no fueron reclamadas dentro de los tres años siguientes a la finalización de los diferentes periodos contractuales, como pasa a explicarse:

Prescripción aplicada a contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³⁴ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁵ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad³⁶:

«[...] 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

³⁴ «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

³⁵ «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

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

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

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige que:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.³⁷

³⁷ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección)

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presunto caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte de la demandante, fue radicada ante la entidad demandada el 27 de mayo de 2014³⁸,
- Por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los diferentes vínculos contractuales.

Periodo contractual	Plazo para reclamar
Del 1.º de enero de 2005 al 30 de noviembre de 2005	1.º de diciembre de 2008
Del 2 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2007	1.º de abril de 2010
Del 9 de abril de 2007 al 8 de junio de 2007	9 de junio de 2010
Del 1.º de julio de 2007 al 31 de marzo de 2008	1.º de abril de 2011
Del 1.º de abril de 2009 al 4 de abril de 2010	5 de abril de 2013
Del 16 de abril de 2010 al 30 de octubre de 2010	31 de octubre de 2013
Del 8 de febrero de 2011 al 31 de marzo de 2014	1.º de abril de 2017

- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 1.º de enero de 2005 y el 30 de octubre de 2010, se encuentran prescritos.
- Ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 27 de mayo de 2014.
- No ocurrió lo mismo con el periodo de vinculación comprendido a partir del 8 de febrero de 2011 y el 31 de marzo de 2014, por cuanto la reclamación fue presentada dentro de los tres años siguientes a la finalización de dicho contrato, lo cual lleva a concluir que los posteriores periodos tampoco se encuentran prescritos.

Imprescriptibilidad de los aportes a pensión - contrato realidad

No obstante, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.³⁹

³⁸ Según la reclamación visible a folio 16.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que a la señora Milagros Zeneth García Cuellar se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 1.º de enero de 2005 al 30 de octubre de 2010, sin contar las respectivas interrupciones.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁰ de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora García Cuello 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.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En conclusión: En el caso de la señora Milagros Zeneth García Cuello prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 1.º de enero de 2005 y el 30 de octubre de 2010, sin contar las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, la demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

Decisión de segunda instancia

³⁹ «[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁹, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

⁴⁰ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección adicionará dos ordinales y modificará los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, los cuales quedarán así:

«**PRIMERO BIS: DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de enero de 2005 y el 30 de noviembre de 2005; el 2 de julio de 2005 y el 31 de marzo de 2007; el 9 de abril de 2007 y el 8 de junio de 2007; el 1.º de julio de 2007 y el 31 de marzo de 2008; el 1.º de abril de 2009 y el 4 de abril de 2010 y el 16 de abril de 2010 y el 30 de octubre de 2010, excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión.»

«**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio S-2014-0221/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 11 de junio de 2014 proferido por el Jefe Seccional de Sanidad Atlántico y por medio del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos en el periodo contractual comprendido entre el 8 de febrero de 2011 y el 31 de marzo de 2014.»

«**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL (CLÍNICA REGIONAL CARIBE DE LA POLICÍA NACIONAL), pagar a la actora, señora Milagros Zeneth García Cuello, las prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados, correspondientes al periodo contractual comprendido entre el 8 de febrero de 2011 y el 31 de marzo de 2014, tomando como base para su liquidación los valores pactados en los correspondientes contratos de prestación de servicios, debidamente indexados.»

«**TERCERO BIS. CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴¹ de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Milagros Zeneth García Cuello 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.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.»

En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁴² sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

⁴¹ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

⁴² Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar costas, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, por resultar parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Adicionar dos ordinales y modificar los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, los cuales quedarán así:

⁴³ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

«**PRIMERO BIS: DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de enero de 2005 y el 30 de noviembre de 2005; el 2 de julio de 2005 y el 31 de marzo de 2007; el 9 de abril de 2007 y el 8 de junio de 2007; el 1.º de julio de 2007 y el 31 de marzo de 2008; el 1.º de abril de 2009 y el 4 de abril de 2010 y el 16 de abril de 2010 y el 30 de octubre de 2010, excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión.»

«**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio S-2014-0221/SECSA-ASJUR-10.7.1 del 11 de junio de 2014 proferido por el Jefe Seccional de Sanidad Atlántico y por medio del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo laboral y pago de los correspondientes conceptos prestacionales y demás emolumentos en el periodo contractual comprendido entre el 8 de febrero de 2011 y el 31 de marzo de 2014.»

«**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL (CLÍNICA REGIONAL CARIBE DE LA POLICÍA NACIONAL), pagar a la actora, señora Milagros Zeneth García Cuello, las prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados, correspondientes al periodo contractual comprendido entre el 8 de febrero de 2011 y el 31 de marzo de 2014, tomando como base para su liquidación los valores pactados en los correspondientes contratos de prestación de servicios, debidamente indexados.»

«**TERCERO BIS. CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁴ de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Milagros Zeneth García Cuello 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.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.»

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en esta providencia

Tercero: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

⁴⁴ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Expediente: 08001-23-33-000-2014-01165-01

N.º Interno: 2262-2016

Demandante: Milagros Zeneth García Cuello

Demandado: Mindefensa, Policía Nacional y Clínica Regional Caribeña
Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Ausente en comisión

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ