**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Propósito**

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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Prohibición**

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 contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Carácter excepcional**

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.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Elementos que lo desvirtúan**

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.

**CONTRATO REALIDAD – Características**

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.

**CONTRATO REALIDAD – Carga probatoria**

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.

**CONTRATO REALIDAD – Subordinación y dependencia**

Por consiguiente, conforme con las reglas de la experiencia, la Subsección considera que, en el caso concreto de la señora Luz Stella Suárez Rojas se demostró fehacientemente la prestación personal del servicio bajo subordinación y dependencia continuada mientras actuó como auxiliar de enfermería en el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, toda vez que en la planta de personal existía el mismo cargo para el cual fue contratada la demandante; las actividades desarrolladas por esta se extendieron por alrededor de 10 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 en tanto que existían situaciones que exigían su disponibilidad de tiempo y recursos más allá de los turnos a los que se comprometió a cumplir.

**CONTRATO REALIDAD – Término**

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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00723-01(4756-14)**

**Actor: LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO Y HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGA**

**Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Ley 1437 de 2011**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 11 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**LA DEMANDA**[[1]](#footnote-1)

La señora Luz Stella Suárez Rojas, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército y Hospital Militar Regional de Bucaramanga.

**Pretensiones**[[2]](#footnote-2):

1. Declarar la nulidad del acto administrativo presunto configurado por el silencio administrativo negativo en que incurrió el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, al no responder la petición radicada el 26 de noviembre de 2012, por medio de la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho.
2. Declarar que entre la entidad demandada y la señora Luz Stella Suárez Rojas existió una verdadera relación laboral durante toda su vinculación, sin solución de continuidad, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Condenar a la parte demandada, a reconocer y pagar a favor de la demandante las sumas que legalmente correspondan por concepto de prestaciones sociales y factores salariales para cada uno de los años laborados y proporcionalmente por fracción, según el régimen salarial y prestacional aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa o el que en derecho corresponda.
2. Condenar a la demandada a pagar a la señora Luz Stella Suárez Rojas las sumas equivalentes al 75% de los dineros cancelados mensualmente por esta última al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud.
3. Declarar que todo el tiempo laborado por la señora Suárez Rojas como auxiliar de enfermería, bajo la modalidad contractual determinada por el empleador, se debe computar para efectos pensionales por parte de la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento posterior de la respectiva pensión.
4. Actualizar las condenas de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011 y el reajuste de su valor desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.
5. Ordenar el cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[[3]](#footnote-3)**

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.[[4]](#footnote-4)

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 proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[[5]](#footnote-5).

En el presente caso, a folios 584 vto., y 585, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[…] la entidad demandada a través de su apoderado formula la excepción de “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES LABORALES”, bajo el argumento que tal figura debe tenerse en cuenta al momento del fallo por la inactividad injustificada de la interesada en reclamar año a año sus derechos laborales, si consideraba tenerlos, ya que desde el año 2001 la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS suscribía contratos con la entidad y en ningún momento manifestó su inconformidad o hizo solicitud alguna a efecto de que se le reconocieran las acreencias laborales que hoy, después de trece años, echa de menos. Frente al anterior argumento, el H. Magistrado precisa que la prescripción extintiva de derechos comparte la naturaleza de excepción mixta, en consecuencia, será decidida en esta audiencia […] El Despacho ponente acoge la tesis de la Sección Segunda Subsección A del H. Consejo de Estado contenida en la sentencia del 06 de Marzo de 2008, número interno 2152-06, Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, según la cual, en los casos en los que se solicita el reconocimiento de derechos laborales de los que el demandante ha sido privado, frente a los empleados de planta, a pesar de encontrarse en la misma situación que estos, y que jurisprudencialmente ha sido conocida como CONTRATO REALIDAD […] Así las cosas, en el evento de accederse al reconocimiento de derechos laborales en el presente caso, no aplicaría la prescripción trienal de los mismos, conforme a lo expuesto. Con estas bases, se profiere el siguiente AUTO: PRIMERO: NO PROSPERA la excepción de “PRESCRIPCIÓN” propuesta por la apoderada judicial de la entidad demandada, de acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandado y a favor de la demandante […]»

La decisión quedó notificada en estrados. La parte demandada interpuso recurso de reposición frente a la condena en costas, el cual fue declarado improcedente.

**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.[[6]](#footnote-6)

En el *sub lite*, en folios 585 fte., y vto., el Tribunal fijó el litigio respecto de las diferencias entre las partes y los problemas jurídicos:

«[…] Se pone a consideración de los intervinientes las siguientes premisas respecto de las cuales el Despacho considera que están de acuerdo: 1- Que la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS prestó sus servicios a la entidad demandada mediante la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios desempeñando labores de AUXILIAR DE ENFERMERÍA en el periodo comprendido entre el 1.º de Octubre de 2001 y el 31 de Julio de 2011 y como contraprestación por sus servicios recibía una suma de dinero mensual u “honorarios”, según se desprende del contenido de los contratos y de las certificaciones o constancias expedidas por el Hospital Militar Regional Bucaramanga. 2- Que la demandante elevó derecho de petición al Director del Hospital Militar Regional Bucaramanga con miras a obtener el reconocimiento de la relación laboral y como consecuencia de ello. El pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos adeudados, respecto del cual hasta la fecha de interposición de la demanda no se obtuvo respuesta […] Dicho lo anterior, se concreta el desacuerdo o litigio en que para la demandante sus servicios constituyeron una verdadera relación laboral con la entidad demandada por lo que tiene derecho a que se le reconozcan y paguen todas sus prestaciones sociales, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, mientras que para la entidad demandada, los servicios prestados por la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS corresponden a un todo a los supuestos de hecho del contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993 y que la labor o desarrollo de su actividad y conocimientos profesionales eran prestados en cumplimiento de las obligaciones que como contratista tenía y de forma no continua. Esta es la manera como se concreta o se fija el litigio por parte del Despacho. […]».

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

**SENTENCIA APELADA[[7]](#footnote-7)**

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia escrita dictada el 11 de agosto de 2014, resolvió:

«[…] **PRIMERO. DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio administrativo negativo en que se incurrió al no haber dado respuesta al derecho de petición elevado el día 26 de noviembre de 2012, que niega el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales en sede administrativa.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO – HOSPITAL MILITAR REGIONAL BUCARAMANGA** a pagar a la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan las auxiliares de enfermería de dicha entidad, liquidadas conforme a los valores pactados en los contratos, sin solución de continuidad, por el periodo comprendido entre primero (1º) de octubre de dos mil uno (2001) y el seis (06) de diciembre de dos mil doce (2012), debidamente indexados, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

**TERCERO. CONDENAR** a la Demandada a pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que demuestre haber realizado y que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, sumas que serán ajustadas conforme quedó expuesto.

**CUARTO. DECLARAR** que el tiempo laborado por la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

**SÉPTIMO: DENEGAR** las demás pretensiones[…]» (Cursiva y negrita del texto original)

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

El *a quo* concluyó que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, la señora Luz Stella Suárez Rojas prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Militar Regional Bucaramanga entre el 1.º de octubre de 2001 y el 6 de diciembre de 2012.

Asimismo, señaló que, conforme con los testimonios de las señoras Nubia Estella Quintero Medina, Leida Castiblanco Ardila y Nelcy Yaneth Otero Contreras, se demostró que a la demandante se le asignaban turnos por parte del coordinador de enfermería, mes a mes, los cuales solo se podían cambiar previa solicitud para su aprobación con 72 horas de antelación y que existía una sujeción al coordinador o supervisor del contrato; y que los turnos no surgían como producto de la coordinación entre contratante y contratista.

**RECURSO DE APELACIÓN[[8]](#footnote-8)**

La entidad demandada manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia al considerar que:

«[…] los contratos de prestación de servicios sobre los cuales la sentencia se pronuncia nacieron y fueron considerados por la ley 80 de 1993 y demás decretos reglamentarios que la modificaron o derogaron un paso más para que los profesionales de la salud lograran con su profesión liberal adecuarla a horarios o turnos que diferentes institutos y entidades ofrecen en el mercado laboral; es por ello que entre contratante y contratista puede existir un RELACIÓN DE CCOORDINACIÓN en sus actividades, de manera que el segundo se someta a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados […]»

Agregó que la parte demandante no asumió la carga probatoria necesaria para demostrar la configuración de los elementos de la relación laboral, al sostener que únicamente se aportó copia de las órdenes de prestación de servicios, pero que hubo vacíos probatorios que «impidieron» la demostración de los demás hechos materia de la demanda.

Bajo ese entendido, señaló que la demandante cumplió el objeto contractual de forma autónoma, con la aplicación de sus conocimientos profesionales a la institución, sin que el hecho de que laborara un número de horas constituyera un argumento de la existencia de la relación laboral. Ello en tanto que la administración debía atender con celeridad, eficiencia y responsabilidad a los usuarios del servicio.

Agregó que en los contratos de prestación de servicios se pactó la supervisión de estos, lo cual, a su parecer, no puede invocarse para la configuración de la relación laboral. Además, sostuvo que en el presente caso los servicios prestados por la demandante no podían ser asumidos por el personal de planta, razón por la cual la relación se enmarcó en lo previsto por la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, reiteró que la reclamación de los derechos laborales fue extemporánea, por lo que se debió declarar la extinción de cualquier derecho en favor de la señora Suárez Rojas, para lo cual hizo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para concluir que la demandante tenía tres años para realizar la reclamación y consideró, en consecuencia, que debían declararse prescritas las prestaciones sociales derivadas de los contratos suscritos entre el 1.º de octubre de 2001 y el 1.º de octubre de 2010.

Frente a la subordinación y dependencia continuada alegó que:

«[…] De la lectura integral de los contratos aportados en la etapa probatoria, entre las partes se puede determinar que la actividad prestada fue de carácter personal, y que la relación con el empleador fue de subordinación o dependencia, entendida esta como la facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de la duración del vínculo, subordinación que para la suscrita no se considera plenamente demostrada con el material probatorio recaudado. Si bien es cierto la actora se desempeñó como Auxiliar de Enfermería del HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGA, situación que de suyo desvirtúa el elemento temporalidad requerido para la contratación a través de órdenes de prestación de servicios, también debe resaltarse que, la jurisprudencia ha establecido que para que pueda accederse al pago de las prestaciones sociales en los contratos de prestación de servicios – se insiste – debe darse la acreditación de los tres elementos de la relación laboral pero especialmente los de subordinación o dependencia […]»

Añadió que de los testimonios no se logró acreditar plenamente este elemento, en tanto que, de la lectura integral de estos, más que subordinación, lo que se denotó fue la existencia de una relación de coordinación entre contratante y contratista.

De acuerdo con lo anterior, solicitó revocar en su integridad la sentencia proferida por el *a quo*, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante[[9]](#footnote-9):** Solicitó confirmar la sentencia apelada al considerar que se encuentran probados los tres elementos de la relación laboral.

**Parte demandada[[10]](#footnote-10):** Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que el problema se centra en el tema de la subordinación, particularmente respecto al cumplimiento de turnos, frente a lo cual indicó que, por tratarse de una auxiliar de enfermería, necesariamente debía acatar estos para dar cumplimiento al objeto contractual pues en los casos de prestación de servicios de labores de medicina, enfermería y similares, es necesaria la observancia de turnos para la prestación óptima y a tiempo del servicio médico.

**Concepto del Ministerio Público[[11]](#footnote-11):** La agencia del Ministerio Público solicitó confirmar la providencia apelada porque, en el caso de la señora Luz Stella Suárez Rojas se acreditaron los tres elementos que configuran la relación laboral.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[12]](#footnote-12), 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 Proceso[[13]](#footnote-13), 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 circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales 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 Luz Stella Suárez Rojas con el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército, Hospital Militar Regional de Bucaramanga pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

1. ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual y la reclamación administrativa?

**Primer problema jurídico**

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Luz Stella Suárez Rojas con la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército, Hospital Militar Regional de Bucaramanga 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 contractual[[14]](#footnote-14), y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[15]](#footnote-15).

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 figura[[16]](#footnote-16) 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 estatal[[17]](#footnote-17).

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.

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 Salvador[[18]](#footnote-18) se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para 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.[[19]](#footnote-19)

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, en el presente caso se observa conforme con la documentación obrante en el expediente que la señora Luz Stella Suárez Rojas prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la entidad demandada, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.º CPS** | **Objeto** | **Periodo**  | **Valor** | **Folio** |
| 1889/01 | Prestar servicios como auxiliar de enfermería | 01/10/01 a 31/12/01 | $1.635.000  | 5-6, 319-322 |
| 0041/02 | *Ibidem* | 01/01/02 a 30/06/02 | $3.271.200 | 9-10, 323-324 |
| 0781/02 | *Ibidem* | 02/07/02 a 31/12/02 | $3.271.200 | 11-14. 325-328 |
| 0025/03 | *Ibidem* | 03/02/03 a 31/07/03 | $3.271.200 | 15-18, 329-332 |
| 0448/03 | *Ibidem* | 01/08/03 a 31/12/03 | $2.726.000  | 19-22, 333-336 |
| 0013/04 | *Ibidem* | 02/02/04 a 31/07/04 | $3.271.200 | 23-26, 337-340 |
| 0258/04 | *Ibidem* | 02/08/04 a 31/01/05 | $3.900.000 | 27-30, 341-344 |
| 0118/05 | *Ibidem* | 01/03/05 a 31/07/05 | $3.250.000 | 31-33, 344-346 |
| 0302/05 | *Ibidem* | 12/08/05 a 31/01/06 | $3.250.000 | 34-41, 347-354 |
| 0034/06 | *Ibidem* | 01/02/06 a 31/07/06 | $4.500.000 | 43-50, 356-363 |
| 0239/06 | *Ibidem* | 03/08/06 a 31/12/06 | $3.750.000 | 51-58, 364-371 |
| 0027/07 | *Ibidem* | 14/02/07 a 13/08/07 | $4.500.000 | 59-68, 372-381 |
| 0322/07 | *Ibidem* | 14/08/07 a 31/12/07 | $3.750.000 | 69-77, 382-390 |
| 0029/08 | *Ibidem* | 09/01/08 a 31/12/08 | $10.560.000 | 78-86, 391-399 |
| 0017/09 | *Ibidem* | 16/01/09 a 31/03/09 | $2.640.000 | 87-96, 400-409 |
| 0199/09 | *Ibidem* | 01/04/09 a 31/12/09 | $7.920.000 | 97-105, 410-418 |
| 0019/10 | *Ibidem* | 06/01/10 a 30/09/10 | $5.133.333 | 106-113, 419-426 |
| 0175/10 | *Ibidem* | 01/10/10 a 31/12/10 | $2.925.600 | 116-124, 429-437 |
| 0069/11 | *Ibidem* | 07/02/11 a 31/08/11 | $4.876.000 | 125-132, 438-445 |
| 0233/11 | *Ibidem* | 01/09/11 a 31/12/11 | $3.900.800 | 135-140, 448-453 |
| 0029/12 | *Ibidem* | 06/01/12 a 06/12/12\* | $10.727.200 | 141-151, 454-464 |

De acuerdo con lo anterior, los contratos de prestación de servicios arrimados al proceso permiten advertir que la demandante prestó sus servicios al Hospital Militar Regional de Bucaramanga, en los siguientes periodos:

|  |
| --- |
| 1.º de octubre de 2001 al 30 de junio de 2002 |
| 2 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2002 |
| 3 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2003 |
| 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2004 |
| 2 de agosto de 2004 al 31 de enero de 2005 |
| 1.º de marzo de 2005 al 31 de julio de 2005 |
| 12 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2006 |
| 3 de agosto de 2006 al 31 de diciembre de 2006 |
| 14 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2007 |
| 9 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 |
| 16 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009 |
| 6 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010 |
| 7 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2011 |
| 6 de enero de 2012 al 6 de diciembre de 2012\* |

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.

No obstante, debe precisarse que frente al último contrato suscrito por la demandante n.º 0029/12, si bien este se pactó por un término de 11 meses e inició el 6 de enero de 2011, tal como se aprecia en folios 141 a 151, por lo que, como se relacionó en las anteriores tablas, este debió finalizar el 6 de diciembre de 2011; la Subsección advierte que la parte demandante, tanto en sede administrativa como en sede judicial, solicitó el reconocimiento de la relación laboral hasta el 31 de julio de 2011, para lo cual adujo una «terminación del contrato». Así se desprende de la reclamación obrante a folios 253 y 254; del hecho primero de la demanda, visible a folios 263 y 264, y frente al cual se pronunció el tribunal en la fijación del litigio como un hecho en el que hubo acuerdo entre las partes; y que, luego de la sentencia de primera instancia, fue refrendado en la etapa de alegatos de segunda instancia, presentados ante esta Corporación según se indicó a folios 713 y 714 del expediente.

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse como confesión de la parte demandante que el vínculo contractual finiquitó el 31 de julio de 2011, conforme lo regula el artículo 191 del Código General del Proceso, por tratarse de un hecho que produce una consecuencia jurídica adversa al confesante.[[20]](#footnote-20)

En ese orden de ideas, en caso de encontrar probados los elementos de la relación laboral en el presente asunto, serán estos tiempos, únicamente, bajo el entendido que la última vinculación finalizó el 31 de julio de 2011, los que se reconocerán para efectos del restablecimiento del derecho.

**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 Suárez Rojas prestó de forma personal sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, de acuerdo con los contratos arriba indicados y que tienen como característica ser *intuito personae*, es decir que es 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 Luz Stella Suárez Rojas y el Hospital Militar Regional de Bucaramanga 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**

Ahora bien, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, elemento sobre el cual el Hospital Militar Regional de Bucaramanga 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 Suárez Rojas 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 Luz Stella Suárez Rojas fue vinculada, como auxiliar de enfermería, para desarrollar funciones tales como[[21]](#footnote-21):

|  |
| --- |
| Brindar atención de enfermería al paciente según la situación de salud identificada y las prioridades establecidas |
| Realizar atención domiciliaria |
| Junto con la jefe de servicio, planear con el equipo interdisciplinario la atención de los pacientes |
| Junto con la jefe de servicio, programar y ejecutar con el equipo interdisciplinario el cuidado integral del paciente |
| Aplicar correctamente los procesos y protocolos de enfermería |
| Participar en la revista médica y de enfermería |
| Revisar las historias clínicas y dar cumplimiento a las órdenes médicas |
| Realizar las notas de enfermería en las historias clínicas y dar cumplimiento al Decreto 1995 de 1999 |
| Presentar oportunamente al jefe inmediato las situaciones de emergencia y riesgos que se presenten |
| Participar en la elaboración y actualización de manuales de protocolos y procedimientos de enfermería |
| Responder por el material a su cargo |
| Actualizarse periódicamente sobre asuntos de enfermería |
| Solicitar a los servicios de ayuda diagnóstica los exámenes paraclínicos de los pacientes |
| Colaborar con la remisión de usuarios a otras instituciones |
| Recibir personalmente la sala asignada y verificar los elementos de acuerdo al inventario e informar a la enfermera jefe los faltantes  |
| Verificar el funcionamiento adecuado de los equipos de la sala |
| Conocer el programa diario de la sala asignada |
| Recibir al paciente y verificar el cumplimiento de la preparación prequirúrgica |
| Practicar o colaborar con el lavado quirúrgico |
| Asistir al anestesiólogo, al cirujano y a la instrumentadora durante la realización del acto quirúrgico |
| Realizar, junto con la instrumentadora, el conteo o recuento de compresas antes del inicio de la cirugía y al finalizar |
| Recibir y rotular las muestras para patología y entregarlas posteriormente a recuperación |
| Recibir, rotular y enviar muestras al laboratorio clínico |
| Realizar anotaciones de enfermería especificando procedimientos realizados y complicaciones presentadas |
| Diligenciar la hoja de gastos quirúrgicos |
| Entregar al paciente a recuperación y suministrar la información correspondiente |
| Asistir a reuniones programadas por el servicio y por la sección de enfermería |
| Verificar el funcionamiento de los equipos |
| Recibir los pacientes provenientes de salas de cirugía teniendo en cuenta su estado general, sondas, drenes, líquidos, etc |
| Diligenciar la hoja de recuperación |
| Realizar el control de signos vitales según protocolo establecido |
| Brindar cuidado directo al paciente e informar inmediatamente cualquier cambio presentado  |
| Mantener el stock de medicamentos y material médico-quirúrgico |
| Diligenciar el libro de registro de pacientes de recuperación |
| Diligenciar diariamente el libro de inventario de recuperación |
| Doblar la ropa quirúrgica y elaborar los paquetes |
| Elaborar el material de curación  |
| Realizar limpieza y desinfección de equipos y material según protocolos de manejo |
| Lavar, secar, seleccionar, entalcar, empacar y clasificar los guantes |
| Solicitar el archivo de las historias clínicas de los pacientes programados para cirugía |
| Recibir al paciente y verificar el cumplimiento de la preparación prequirúrgica |
| Realizar la entrevista prequirúrgica a los pacientes de cirugía ambulatoria e informar a la enfermera jefe cualquier irregularidad detectada |
| Dar instrucciones al paciente acerca de cómo vestir la ropa quirúrgica |
| Realizar los procedimientos de enfermería necesarios |
| Entregar al paciente al auxiliar de salas de cirugía |
| Dar al paciente y/o al familiar las recomendaciones médicas y de enfermería necesarias |
| Solicitar cama en el servicio de hospitalización si es el caso |
| Colaborar con las actividades de promoción y prevención con las diferentes áreas de atención |
| Participar en los planes de contingencia de atención de emergencia. Para tal efecto cumple con turnos de disponibilidad para responder al llamado en activación del Plan Esculapio en claves amarilla y naranja y obligatoriamente hace presencia en clave roja |
| Suscribir el contrato |
| Constituir las pólizas y/o garantías exigidas en el presente contrato y sus adiciones si las hubiere |
| Acreditar la profesión con los diplomas requeridos, los cuales serán verificados con la institución educativa |
| Resolución de la Secretaría de Salud que lo autorice para ejercer la profesión, para las profesiones que así lo requieran de acuerdo con la normatividad vigente |
| Aceptar la tasación y descuento de penas parciales frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales |
| No ofrecer o pagar dádivas, sobornos o cualquier tipo de halago o prebenda a los funcionarios del M.D.N-Dirección de Sanidad del Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga, o participantes en el proceso, directa o indirectamente en cualquier momento u oportunidad, para la adjudicación, durante y después de la suscripción del presente contrato |
| De acuerdo al objeto del presente contrato y la profesión o especialidad según sea el caso o la competencia que le corresponda, diagnosticar pacientes y/o evolucionarlos, realizar actividades de consulta, procedimientos, diagnósticos y terapéuticos y los procedimientos e intervenciones quirúrgicas derivados del proceso de atención, señalados para el manejo de patologías establecidas dentro del plan integral del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, conforme a las buenas prácticas profesionales, dando cumplimiento a las guías, protocolos de manejo, manuales, instructivos e instrumentos metodológicos de manejo y atención de pacientes, y participar en las actividades encaminadas a optimizar los servicios que presta dentro del campo de su conocimiento o especialidad en las instalaciones del Hospital Militar Regional de Bucaramanga, observando las normas propias de su profesión, actividad u oficio, en todo caso brindando la atención de acuerdo con los estándares mínimos, normas e instructivos establecidos por la Dirección de Sanidad Ejército, con el fin de garantizar la calidad en la prestación de los servicios, así como la aplicación de los diferentes programas de salud de acuerdo con sus competencias contractuales según sea el caso |
| Diligenciar al ingreso de los pacientes, los formatos que para tal fin se tengan previstos por el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, tanto en medio físico como en el sistema de información o base de datos que se tenga establecida, y en la correspondiente historia clínica, en donde se permita evidenciar y garantizar la fidelidad y veracidad de las estadísticas soporte de u actividad profesional. La omisión, el llenado irregular sin datos completos, la alteración de registros y en general el ocultamiento de información sobre el proceso de atención o lo normado para cada una de las profesiones, será causal de terminación de este contrato. Para tal efecto deberá llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de costos y facturación, rindiendo los informes que la Dirección de Sanidad Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga requiera dentro de los plazos determinados |
| Conocer las normas, Leyes, Decretos, Acuerdos, Directivas, y demás regulaciones que rigen a al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y dar correcta aplicación a las mismas, dentro del ámbito de su competencia |
| Formular los medicamentos establecidos en el plan de servicios de Sanidad Militar según el nivel de atención y diligenciar las fórmulas, de acuerdo a lo regulado en los Acuerdos del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares, en particular el Acuerdo 002 de 2001, 010 de 2001, 042 de 2005 y 046 de 2007 o normas que los modifiquen, diligenciando las fórmulas con el correspondiente Código CIE-10, el contratista responderá por cualquier formulación que no esté enmarcada en las normas citadas o sin el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Subsistema o sin la debida autorización por comité técnico científico |
| Prestar los servicios con sujeción a los principios ético-científicos y morales que enmarcan el ejercicio profesional de la salud y realizar a cabalidad las actividades propias para las que fue contratado |
| Obrar con seriedad, diligencia y cuidado en la atención a los pacientes que sean atendidos en las instalaciones y con los equipos del Hospital Militar Regional de Bucaramanga |
| Utilizar los elementos de bioseguridad y protección contra riesgo biológico de acuerdo con las normas que rigen la materia |
| Acreditar que cuenta con el esquema completo de vacunación contra enfermedades infectocontagiosas |
| Abstenerse de ceder el presente contrato sin que media autorización de la Dirección de Sanidad Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga |
| Afiliarse a los Sistemas de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riegos Profesionales, manteniendo vigente su afiliación durante el lapso de ejecución y vigencia del presente contrato y anexar a las certificaciones del cumplido del servicio copia legible de los pagos realizados al Sistema General de Seguridad Social Integral (Salud-Pensiones), en calidad de cotizante y por cada mes, entendido que la base de cotización no podrá ser inferior al 40% del valor del contrato. Igualmente deberá aportar las constancias de pago de su afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales ARP. De igual forma asumir bajo su cuenta y riesgo cualquier responsabilidad por el no cubrimiento oportuno de su afiliación, ante las autoridades sanitarias correspondientes  |
| Responder por el diagnóstico errado y/o la deficiente e inadecuada o irregular prestación del servicio a cualquier paciente que haya atendido o esté atendiendo y salir en defensa de la Dirección de Sanidad Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga |
|  En el evento que cualquier paciente accione civil, administrativa, disciplinaria o penal por ocasión de la atención brindada a los usuarios; así como por los daños que ocasione a los equipos, mobiliario, instrumental y demás elementos puestos a su disposición para su uso y ejercicio profesional y en caso de daño inherente a su responsabilidad que no obedezca a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, restituirlos por otros iguales o de superior calidad |
| Diligenciar, suscribir y llevar el debido registro de las historias clínicas de los pacientes conforme a lo dispuesto en la Resolución 1995 de 1999 y resolución 1715 de 2005, cada vez que inicie, evolucione y termine el tratamiento de un paciente, como deber ético profesional |
| Colaborar y propender por el buen uso y cuidado de los recursos de la entidad (físicos, técnicos y económicos) incluida la propiedad intelectual y derechos de autor, y elementos entregados para la debida 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. Así mismo, se responsabiliza de los daños o pérdida que sufran estos, a excepción del deterioro natural por el uso, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 2202, 2203, 2204 del Código Civil, pero no será responsable en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. Los bienes que entregue la entidad Hospital Militar Regional de Bucaramanga al contratista para el desarrollo de las tareas objeto del presente contrato, se hará mediante inventario, el cual tendrá fecha de suscripción la misma en que se inicie el contrato |
| Guardar la reserva y confidencialidad frente a temas y asuntos tratados y conocidos dentro del desarrollo y ejecución del contrato, así como la información que le sea entregada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular en el desarrollo del presente contrato, respondiendo patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por sí o por un tercero se cause a la administración o a terceros; dicha reserva se hará extensiva a los derechos de autor que de los mismos se deriven y abstenerse de divulgar por cualquier medio el contenido parcial o total de la información que le sea encomendada o que llegue a su poder en el desarrollo del objeto del contrato, salvo autorización escrita de la Dirección de Sanidad Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga; así mismo, devolver a la Dirección de Sanidad del Ejército-Hospital Militar Regional de Bucaramanga la totalidad de los documentos o información que por cualquier medio sean obtenidos |
| Cumplir con las políticas de seguridad informática con el fin de evitar la fuga de información y proteger la integración de la red nacional de datos así mismo cumplir con las políticas de uso aceptable de los activos informáticos, diligenciando los formatos correspondientes para su uso adecuado |
| Contribuir con el desarrollo del establecimiento de sanidad militar donde preste sus servicios, revisando y mejorando los procesos de atención a fin de ofrecer un servicio eficiente y de calidad a los usuarios |
| En representación del hospital Militar Regional de Bucaramanga, hacer parte de los comités técnicos estructuradores y de evaluación de las contrataciones administrativas que lleve a cabo la Dirección de Sanidad del Ejército, Hospital Militar Regional de Bucaramanga, para los cuales sea designado, asumiendo las obligaciones establecidas en el acto de designación sin perjuicio del cumplimiento de sus demás obligaciones contractuales  |
| Participar en las brigadas de salud programadas por la Dirección de Sanidad del Ejército, hospital Militar Regional de Bucaramanga para los afiliados y beneficiarios del subsistema, en aquellos sitios de la respectiva jurisdicción, donde la entidad lo requiera |
| Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entrenamientos que puedan presentarse |
| Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a los funcionarios de la Dirección de Sanidad Ejército, Hospital Militar Regional de Bucaramanga, a los pacientes y demás personas con que tenga relación con ocasión de la prestación del servicio, observando la moral y las buenas costumbres |
| Presentar al supervisor del contrato dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha de terminación del contrato, un informe consolidado sobre las actividades desarrolladas durante el término de su ejecución |
| Para aquellos usuarios que requieran de servicios de una complejidad mayor o menor a la que el Hospital Militar Regional de Bucaramanga posee, el contratista debe cumplir en forma estricta y obligatoria el sistema de referencia y contra referencia establecido en el subsistema, diligenciando os formatos correspondientes, para la ubicación y autorización por parte del ESM dentro de la red de atención destinada para tal fin  |
| Cumplir con los parámetros de productividad establecidos por la Dirección de Sanidad del Ejército, Hospital Militar Regional de Bucaramanga y presentar mensualmente informe de productividad al supervisor del contrato, indicando el detalle de los tratamientos, consultas, procedimientos o actividades a su cargo, terminados o ejecutados durante el mes anterior  |
| Comunicar inmediatamente al supervisor del contrato, la ocurrencia de cualquier evento adverso que se presente en el desarrollo de prestación del servicio objeto del contrato |
| Las demás que se deriven del normal desarrollo del objeto del contrato |

A juicio de esta Subsección, las funciones transcritas no pueden ser consideradas como actividades esporádicas ejercidas por el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, sino que en su generalidad, tienen un carácter de permanencia en tanto que 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 del Ejército BASER 5 no contaba con personal suficiente para desarrollar el servicio[[22]](#footnote-22).

No obstante, para la Corporación, el sustento de la vinculación contractual con la señora Luz Stella Suárez para que ejerciera 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 diez años, rompe con el carácter temporal y eventual de la figura regulada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De igual forma, se aportó copia del Manual Específico de Funciones y Competencias (f. 252) en el cual se encuentra acreditado, que dentro de la planta de personal de la entidad hospitalaria demandada existía un cargo de auxiliar de enfermería, el cual tenía como funciones las de: i) recibir y entregar turno de enfermería según protocolo; ii) realizar los procedimientos fijados en enfermería apoyados conforme a los parámetros técnicos predeterminados y las instrucciones recibidas; iii) otorgar educación al paciente, su familia sobre la enfermedad, cuidado y tratamiento que debe seguir en casa; iv) velar para que el servicio este dotado de los insumos necesarios e informar antes que estos se terminen; v) brindar el servicio de vacunación de acuerdo con los procedimientos y los protocolos establecidos para la promoción y prevención en salud; vi) controlar y manejar el inventario de los medicamentos e insumos que se tengan en el servicio, verificando fechas de vencimiento y avisar oportunamente cuando estos vayan a expirar; vii) realizar las notas de enfermería para su manejo en las instalaciones correspondientes; viii) realizar las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad que le sean asignados; y ix) las demás funciones asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.[[23]](#footnote-23)

En virtud de lo anterior, aun cuando un único cargo de auxiliar de enfermería podía ser insuficiente para atender la demanda del Hospital Militar Regional de Bucaramanga, siendo entonces necesario acudir a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, la Corporación considera que un término de 10 años no es razonable para que la demandada no efectuara los cambios administrativos en la planta de personal para su adecuación a las necesidades reales del servicio del ente de salud.

Por otra parte, la prueba testimonial recaudada en el proceso permite inferir que la señora Luz Stella Suárez Rojas sí prestó el servicio de auxiliar de enfermería bajo subordinación y dependencia continuada del hospital.

Para el efecto, la señora Nubia Estela Quintero Medina, quien trabajó 22 años como enfermera del Hospital Militar Regional de Bucaramanga sostuvo en su declaración lo siguiente[[24]](#footnote-24):

«[…] **Preguntado:** ¿Informe al despacho cuál era el horario de trabajo de Luz Stella Suárez? **Contestó:**  Luz Stella Suárez trabajaba por turnos de completos y noches en el Hospital Militar, indiscriminadamente, sea festivo, no festivo, trabaja día, noche, turnos de 12 horas, mejor dicho. **Preguntado:** ¿de qué horas a qué horas? **Contestó:** De 7 de la mañana a 7 de la noche o de 7 de la noche a 7 de la mañana. **Preguntado:** ¿quién programaba esos turnos? ¿quién los autorizaba? ¿y de qué manera se daban a conocer? **Contestó:** Los programaba la coordinadora de enfermería y los autorizaba el director del hospital. **Preguntado:** ¿Esos turnos que programaba la coordinadora de enfermería eran o no de obligatorio cumplimiento? **Contestó:** Sí eran de obligatorio cumplimiento. Claro, porque ellos se plasmaban en un horario y se publicaban y la gente pues tenía que cumplir su horario. **Preguntado:** ¿Mientras estaban en un turno normal podían ellos … en este caso Luz Stella ausentarse del sitio de trabajo? **Contestó:** No, ellos no podían ausentarse porque ellos tenían su hora de descanso para medias nueves y la hora del almuerzo, pero eso estaba estipulado por normatización (sic) de la institución, pero que saliera del hospital no. **Preguntado:** ¿De qué manera controlaban la entrada y la salida del personal de enfermería? **Contestó:** Pues allá no hay eso de la boletica y eso del aparatico. No, simplemente, como es en un servicio pues uno se da cuenta si estaba o no estaba en el servicio, porque ellas tienen unas actividades específicas que es atención del paciente, entonces ellos no se pueden ausentar. **Preguntado:** Cuando en un turno la persona que le correspondía ese turno no se presentaba a laborar ¿de qué manera el hospital suplía ese ese vacío? **Contestó:** Pues ahí se suplía con el mismo personal que teníamos de contrato o de planta que había, Esto, pues se le pedía el favor al que tenía libre, si estaba disponible uno la llamaba y le decía que si le podía hacer el favor de hacerles el turno y ella pues, si tenía tiempo, venía y lo hacía, pero después se le devolvía el tiempo. Ósea, turno que le hacía a uno, después se le descontaba del siguiente mes o se cuadraba un día que ella necesitara … y se lo reponía el turno. **Preguntado:** ¿En el tiempo en que Luz Stella trabajó para el Hospital Militar ella debía estar o no en disponibilidad en los tiempos de descanso? **Contestó:** no, ellos no tenían disponibilidad, la única era pues, entre comillas, si y no, sino que cuando uno necesita un favor uno las llamaba para ver si podían hacer el turno, pero si ella decía que no pues no lo iba a hacer, pero si ella podía hacerlo se hacía, pero a veces ellos se sienten como comprometidos con la institución a hacerlo. **Preguntado:** ¿Podría informarnos en qué consistía el Plan Esculapio que tienen en el Hospital Militar? **Contestó:** Bueno, el Plan Esculapio es como la alerta, la alerta azul en caso de una emergencia, entonces se estipulada que cuando había más de un número determinado de heridos, entonces tenía uno que recurrir a la institución. **Preguntado:** ¿Es decir, al personal de enfermería con vinculación como la de Luz Stella, si se activaba ese Plan Esculapio, era obligatorio que ella estuviera presente? **Contestó:** Sí, en esos casos de emergencias sí. En esos casos de emergencia sí era obligatorio para todo el mundo esto, estar en ese momento de la emergencia. **Preguntado:** ¿Manifieste al despacho en qué áreas o secciones del Hospital Militar trabajo Luz Stella? **Contestó:** Ella cuando llegó a laborar, inició con el servicio de piso de Medicina Interna, después estuvo en Urgencias y estuvo rotando entre servicios y urgencias y ya los dos últimos o tres últimos años estuvo en Promoción y Prevención. […] **Preguntado:** señora Nubia ¿quiénes eran los jefes inmediatos de la señora Luz Stella? **Contestó:** Losjefes inmediatos,las enfermeras jefas que estaban de turno. Fueron muchas, pasaron muchas por ahí. La enfermera jefe, que es la jefe de servicio es la jefe inmediata de ella. O era. **Preguntado:** ¿De qué manera se daban a conocer las funciones que debía desempeñar Luz Stella? **Contestó:** Esto, talento humano nos entregaban que Bogotá mandaban las funciones de las auxiliares de enfermería. Pues que también está estipulado por el ministerio de protección social, pero, talento humano de Bogotá nos mandaba las funciones y nos las entregaban a todo el personal de salud … estas son las funciones que debe cumplir el auxiliar de enfermería aquí en la institución, entonces uno las repartía, pues a todo el personal. **Preguntado:** ¿El hospital Militar brindaba o no capacitación o específicamente le brindó o no capacitación a la señora Luz Stella mientras estuvo vinculada con el Hospital Militar? **Contestó:** Sí señor, sí se brindó capacitación. Ahí se hacían capacitaciones internas, y cuando yo ya estuve en promoción y prevención, salió a la secretaría de salud a recibir capacitación. **Preguntado:** ¿Esa capacitación que el hospital ofrecía era de obligatorio cumplimiento o era optativo? ¿si ella quería? **Contestó:** Era obligatorio. **Preguntado:** ¿El hospital cumple con protocolos de cualquier índole para la prestación del servicio? ¿protocolos médicos, protocolos de seguridad, reglamentos internos, de higiene? **Contestó:** Sí, el que, el hospital cumple con todos los protocolos que exige el ministerio de la protección social. Entonces son, por lo menos básicamente, en el área nosotros que es enfermería, existen todas las guías de manejo de enfermería y los protocolos de, por ejemplo: de aseo y desinfección, de curaciones, de venopunción, todo lo que compete a lo actual de una enfermería. **Preguntado:** ¿De qué manera le daban a conocer al personal esos protocolos? **Contestó:** Se dan a conocer, primero cuando llegaban, pues se les daban a conocer los que había y, anualmente nos exigían que teníamos que darlos a actualizar y que ellos debían estudiarlos. A veces se les hacían exámenes de conocimiento de esos protocolos. De eso se encargaban calidad, control interno. **Preguntado:** ¿Mientras estuvo en la prestación del servicio la señora Luz Stella, era requerida por la parte administrativa para algún tipo de actividad diferente a la prestación específica del servicio? **Contestó:** Pues, sí la requerían era para actividades de enfermería, por ejemplo, para salir a vacunar, ellos salían a vacunar a los soldados a diferentes sitios, a veces ellos iban a Aguachica e iban, se me va el otro nombre. Aguachica y otro sitio que se me olvidan el momento, estuve yo saliendo, no ahí a los batallones, a los batallones del área ellos iban a vacunar. **Preguntado:** ¿Específicamente quién daba esa orden de realizar las vacunaciones? ¿y en qué sitios? ¿quién daba la orden? **Contestó:** El subdirector científico era quien coordinaba, pues le daba la orden a la coordinadora de enfermería, y ella pues le daba la orden al auxiliar de PyP y a la jefe de PyP. **Preguntado:** ¿sabe usted si la señora Luz Stella debía rendir informes de su trabajo? **Contestó:** Informes como tal no, a ellas se les evaluaba el trabajo, pero que ella rindiera informes así por escrito de lo que hacía cada día, no. **Preguntado:** ¿cómo eran esas evaluaciones? **Contestó:** Las evaluaciones, eran dos tipos de evaluaciones: una por escrito que se les hacía anualmente y la otra era con los conceptos de las jefes, que se reunían las enfermeras jefes y decían, miraban el perfil de cada auxiliar y el comportamiento durante el año, si había tenido algún llamado de atención, algo así especial. **Preguntado:** ¿Quién suministraba los elementos de trabajo que eran requeridos para desarrollar las actividades como se las debe en enfermería? **Contestó:** La institución. La institución le pone a uno los elementos para trabajar. **Preguntado:** ¿Y a cargo de quién estaba el cuidado de esos elementos? **Contestó:** Del personal que los usa. Del personal que los usaba. Entonces, si ella tenía a cargo lo de promoción y prevención, pues ella respondía por lo que estuviera en esa área. **Preguntado:** ¿Nos recuerda por favor Doña Nubia qué cargo ejercía usted en el Hospital Militar? **Contestó:** Yo, cuando inicié a laborar, era enfermera jefe de Urgencias. Después fui la coordinadora por 10 años. De enfermería, la coordinadora de enfermería, hasta que me pensioné. **Preguntado:** ¿Sabe usted si el Hospital Militar cuenta con personal, durante los años en que estuvo vinculada, existía personal de auxiliar de enfermería de planta? **Contestó:** Sí existía, pero muy poquito. Existía, inicialmente, eran 5 auxiliares de enfermería cuando yo ingresé y ellos se fueron pensionando, y en el momento no queda sino uno, de resto todos son de contrato. […] **Preguntado:** ¿Por favor infórmele al despacho si sabía o tenía conocimiento de si los contratos suscritos por la señora Luz Stella eran de forma permanente o continua? **Contestó:** Los contratos de ellas eran anuales, se renovaban cada año y porque cada año se seleccionaba nuevamente el personal que se iba a contratar el siguiente año, entonces se escogía nuevamente el personal y se pasaba nuevamente papeles y se hacía contrato anual. **Preguntado:** ¿Quiere decir usted con eso, que se hacía una convocatoria, se citaban nuevas personas para desempeñar ese cargo, se hacía como una evaluación, un examen, un concurso de méritos, para poder volver a escoger quienes ocuparían esos contratos? **Contestó:** En un comienzo se seleccionaba ósea se hace la evaluación a todo el personal. Si el personal no tenía ningún problema se seguía con el mismo personal, no se seleccionaba ninguno más, pero si, últimamente como en los dos últimos años, pero ya Stella no estaba, esto, si se hace por… se citaba gente para que presentará el examen y de ahí se seleccionaba y lo seleccionaban entre el subdirector científico y la dirección. **Preguntado:** Los turnos a los que usted hacía referencia anteriormente, esos turnos eran coordinados según lo que se manifestó ¿quiere con esto decir que si la señora no le convenía algún turno ella podía hacer algún cambio o ella estaba en la disponibilidad de cambiar esos turnos como a ella le conviniera para poder prestar su servicio? **Contestó:** Los turnos se hacían programados y ellos debían ceñirse a cumplir los turnos. Lo que pasa es que la normatización de la institución decía que les autorizaba por ahí tres cambios de turno en el mes, que lo podía cambiar con otra compañera, pero no más de tres turnos, pero los turnos que salían, se publicaban y ellas debían cumplirlos. **Preguntado:** En cuanto a lo del Plan Esculapio que le preguntaba el doctor, ese Plan Esculapio se les informaba al momento ¿usted sabe si se les informaba al momento de la suscripción de los contratos? **Contestó:** Qué se le formulara al momento de la suscripción del contrato, no sé. Pero que sí se actualizaba mientras estaban trabajando, se les daba capacitación sobre eso sí. **Preguntado:** En cuanto a la necesidad del servicio al momento de la suscripción del contrato ¿conoce usted sí se les mencionaba que de acuerdo a dicha necesidad del servicio podrían variar los turnos o se podrían hacer algunos requerimientos con el fin de suplir dichas necesidades? **Contestó:** Sí, en el comienzo, en uno de los contratos, en los contratos decía que ellos pues debían laborar y trabajar bajo las necesidades de la institución. Si la institución la necesitaba para alguna otra cosa fuera de sus labores debía trabajar. **Preguntado:** Cuando usted mencionaba que hacían diferentes actividades como lo de vacunación, cuando se llamaban por ejemplo en este caso cuando se llamaba la señora Luz Stella, ¿usted conocía si ella de pronto podía negarse a realizar ese turno de vacunación porque tenía cualquier otro tipo obligación o era obligación que ella cumpliera con ese turno, con esas actividades extras? **Contestó:** No, era obligación que ella cumpliera porque era algo que estaba programado por el batallón, entonces esto para… entonces el director le decía que tenía que cumplir. Cumplir con su horario de ir a vacunar los sábados, porque ella los sábados no tenía turno, pero los sábados era que había que vacunar los soldados. **Preguntado:** ¿pero ese tipo de actividades a las que hacemos referencia se encontraban inmersas dentro de las obligaciones o dentro de los requerimientos que se suscribían en el contrato de prestación de servicios o eran adicionales al mismo? **Contestó:** No, las actividades de vacunación son dentro de su rol de vacunación. Si ella estaba trabajando en vacunación ella debía vacunar. Lo que pasaba era que esas eran cosas extras y se ponían de acuerdo con la auxiliar para devolverle el tiempo después. Pero ese día que la citaban debía ir obligatoriamente, porque sino, por decir algo, si ella dice que no puede y al siguiente día que no puede, entonces eso se va a ver reflejado al final del contrato donde le van a decir que ella no colaboraba y le cancelaban el contrato. **Preguntado:** ¿con lo anterior que nos acaba de manifestar quiere usted decir que se cumplían dichas actividades con el fin de que se les hiciera renovación automática de sus contratos? **Contestó:** Pues ellas debían cumplir con todo lo que le mandaba porque ellas estaban interesadas en seguir laborando. Uno cumple con las actividades que le hacen sigue uno laborando, si de pronto no cumple, pues ahí se ve reflejado al final del contrato. **Preguntado:** ¿Tiene usted conocimiento si al momento de la suscripción del contrato con la señora Luz Stella a ella se le informó que era un contrato de prestación de servicios mas no un contrato de trabajo que no generaba ningún vínculo laboral con el Hospital Militar? **Contestó:** No, no sé, no tengo conocimiento. […]»

Por su parte, la señora Leyda Castiblanco Ardila, enfermera profesional que también fue compañera de la demandante en el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, sostuvo[[25]](#footnote-25):

«[…] yo conocí a Luz Stella en el Hospital Militar porque yo trabajé también allí como enfermera jefe. Ella era auxiliar de enfermería. Trabajó en varios servicios, se desempeñó en varios servicios como: Promoción y Prevención, Hospitalización, Urgencias. Entonces tuvimos un vínculo laboral. La conocí, una persona muy responsable en su trabajo y cumpliendo pues con el deber que le correspondía allí. **Preguntado:** ¿Desde qué fecha? **Contestó:** Desde el 2002 que yo también trabajé más o menos en esas fechas. Más o menos desde 2002 hasta donde yo terminé, que ella siguió allá trabajando. Mas o menos 10 años la conocí. […] **Preguntado:** ¿Cuál era el horario de trabajo que tenía Luz Stella? **Contestó:** Bueno Luz Stella tenía que cumplir un horario de 12 horas, al mes, eran 192 o 196 horas al mes que tenía que cumplir, en horarios que se le establecía. **Preguntado:** ¿Algunos días específicos? **Contestó:** No. Es decir, los horarios los establecía coordinador. No había horarios específicos, días específicos, podía ser diurnos, nocturnos, dominicales o festivos. **Preguntado:** ¿De qué manera se enteraba el personal de auxiliares de esos turnos? […] **Contestó:** A través de horarios que se establecían en cartelera. Se publicaban en cartelera en cada uno de los servicios, entonces ahí se enteraban de que turnos tenía Luz Stella. **Preguntado:** ¿Esos turnos que establecía el Hospital Militar eran de obligatorio cumplimiento o ellos podían disponer de esos turnos como bien quisieran? **Contestó:** No, ella tenía que cumplir con esos horarios, eran obligatorios esos horarios, cualquier cambio que ella hiciera pues tenía que informarlo a la jefe del servicio o en caso o al coordinador. Si por ejemplo se presentaba algún inconveniente de que ella no podía asistir al turno, ella tenía que, primero pedir un permiso a su jefe y buscar quién le hiciera el turno y luego ya reponerlo o pagarlo. **Preguntado:** ¿Sabe usted de qué manera controlaban la entrada y la salida del personal durante un turno? **Contestó:** Sí, a través de las entregas de turno. Todos los días hay entrega y recibo de turno, en ese momento tenía que presentarse el personal que estaba de turno. Si Luz Stella estaba ese día asignada de completo, por decir algo, ella tenía que presentarse estar antes de las 7 de la mañana para presentar su turno, igualmente era la que tenía que entregarle el turno al personal que llegaba. **Preguntado:** ¿Luz Stella en el tiempo que trabajó para el Hospital Militar debía estar en disponibilidad en los momentos o en los tiempos de descanso, es decir, cuando no estaba de turno ella debía estar en disponibilidad? **Contestó:** Claro, ella tenía que estar de disponibilidad, es más en los contratos estaba establecido eso, si se presentaba alguna emergencia, alguna alerta roja, naranja, bueno, lo que estaba establecido, así no estuviera dentro de su horario ella tenía que presentarse en el hospital. **Preguntado:** ¿En esos eventos quién le hacía el llamado a ella? **Contestó:** Normalmente, la parte superior, los militares, los suboficiales o un oficial. Alguien que tuviera un rango militar. **Preguntado:** ¿Sabe usted si en la práctica se advertía alguna diferencia en cuanto al horario, órdenes o funciones asignadas al personal de enfermería de planta, respecto del personal vinculado por contrato de prestación de servicios? **Contestó:** Bueno, las funciones si las mismas tanto el de planta como del personal que estaba de contrato, las funciones eran iguales. Los horarios si diferente porque el personal de planta, por lo menos en ese tiempo no hacía ni nocturnos, ni festivos ni dominicanas. Entonces el personal de contrato era el que hacía esos turnos, entonces sí había ahí diferencia. **Preguntado:** Usted manifestaba hace un momento que Luz Stella trabajó en varias secciones del Hospital Militar y las enunciaba ¿ella podía escoger, ella podía determinar en qué sección prestar sus servicios? ¿o cómo operaba esa designación? **Contestó:** No, normalmente era la coordinadora de enfermería la que asignaba o rotaba al personal de acuerdo al perfil que tuviera la persona en determinada área y Luz Stella era rotada de acuerdo o a la necesidad del servicio, ósea, ella no tenía ahí capacidad, por decir algo, de escoger en qué servicio quiere trabajar, sino en el servicio que le asignaran. **Preguntado:** ¿Señora Leyda, fue usted jefe inmediato de la señora Luz Stella? **Contestó:** Sí, claro, en varios servicios como Urgencias y Hospitalización, ahí fui jefe de ella. **Preguntado:** ¿Ella debía rendir algún tipo de informes? **Contestó:** Sí, ella tenía que presentar una evaluación de desempeño, cada mes tenía que rendir un informe de lo que ella había hecho durante ese tiempo en los turnos, tenía que rendir el informe a la coordinadora, cada mes. **Preguntado:** ¿Las evaluaciones se hacían por orden de quién? **Contestó:** Por orden de la coordinadora y de los superiores, del director. Todo el personal de contrato era evaluado, de acuerdo a la evaluación de desempeño se decidía si era contratado, si seguía o no seguía contratado para el próximo trabajo. **Preguntado:** ¿Sabe usted si el hospital en alguna oportunidad brindó capacitación a la señora Luz Stella Suárez? **Contestó:** Sí, el hospital … realizaba capacitaciones periódicamente, es más, eran obligatorias, de obligatoriedad, así no estuviera de turno tenía que asistirse a las capacitaciones. **Preguntado:** ¿Esas capacitaciones eran respecto del asunto específico para lo que ella estaba contratada? **Contestó:** Generalmente sí eran asuntos de salud, en la parte de salud. También muchas veces era también para mirar el organigrama, la organización, la misión, visión de la institución, entonces también muchas veces era también de esa parte como militar. **Preguntado:** ¿Sabe usted si durante la vinculación de la señora Luz Stella el Hospital Militar le brindó uniformes para la prestación del servicio? **Contestó:** No, el personal, Luz Stella tenía que comprar, ósea, ya era obligatorio ir con uniforme de blanco como enfermera, pero no le daba la dotación a Luz Stella. Se la suministrada ella misma. **Preguntado:** ¿Los elementos de trabajo quién los suministraba? **Contestó:** No, los elementos de trabajo si los suministraba la institución. Todo aquello del fonendo, todos los elementos que se requieren para atender a un paciente, la institución era la que los suministraba. **Preguntado: ¿**y quién respondía por esos elementos? **Contestó:** El inventario era el … tenía que responder cada persona por los elementos de trabajo, si algún elemento de trabajo por alguna causa no aparecía o se perdía, por decirlo así, tenía que reponerlo la persona que o el personal que estaba de turno, o el encargado de los elementos. Tenía que reponerse. **Preguntado:** ¿Sabe usted si en el Hospital Militar existen protocolos para la prestación de servicio, protocolos médicos, reglamentos o algo similar? **Contestó:** Sí, en cada servicio existen protocolos, protocolos de manejo de paciente, protocolos de enfermería, protocolos médicos, y que Luz Stella tenía que cumplir, ósea, personal que estuviera trabajando ahí tenía que cumplir esos protocolos porque era parte del reglamento y de las funciones que tenía que cumplir Luz Stella. **Preguntado:** ¿Durante el tiempo en que usted estuvo vinculada con el Hospital Militar sabe usted sí existía personal de planta que desempeñaran el cargo de auxiliar de enfermería? **Contestó:** Sí, eran pocos, pero sí existían auxiliares de enfermería de planta. La mayoría sí era de contrato. […] **Preguntado:** ¿Podría informar al despacho si conoce si sabía si los contratos que suscribía la señora Luz Stella con el Hospital Militar eran de forma permanente o continuos? **Contestó:** Eran unos contratos, unos eran a 6 meses, a 3 meses, pero siempre había continuidad. Ósea se terminaba un contrato y se empezaba el otro contrato. **Preguntado:** ¿Para comenzar esos contratos cuando se finalizaba algún contrato se realizaba algún tipo de concurso, se citaban más personas que cumplieran el perfil que se estaba requiriendo o cómo era el tipo de selección del personal? **Contestó:** Bueno en varias ocasiones sí se presentaban y se hacían evaluaciones y se escogían, pero no todo el tiempo, no en todos los contratos … Pero sí había momentos que la institución convocaba y hacía como evaluaciones, no sé pues realmente quiénes eran los que hacían la selección, pero si hacían evaluaciones. **Preguntado:** ¿Ósea participaron más personas al momento de … asignar algún tipo de contrato? **Contestó:** Pero sobre todo cuando de pronto se necesitaba o había alguna falencia de algún cargo, de alguna persona. **Preguntado:** En cuanto a los turnos que tenía que prestar la señora Luz Stella, dichos turnos eran coordinados según lo que se había manifestado antes, estos turnos podían variarse por parte de ella, ella podía aceptar alguno, podía decir que no podía cumplir otros, ¿cómo era esa parte de los turnos? **Contestó:** No los turnos ella tenía que cumplir con su …, los turnos correspondientes, si de pronto Luz Stella no podía realizar algún turno ella tenía que buscar el reemplazo y pagar ese turno, pero ella no tenía, pues ahí poder de decidir que turnos hago y de que turnos no hago, tenía que realizarlos. **Preguntado:** En cuanto a los protocolos que ha manifestado anteriormente el doctor se tiene conocido que deben existir protocolos en las instituciones prestadoras de salud ¿puede decirle al despacho si estos protocolos que deben cumplir las personas que prestan el servicio de salud en los hospitales para el caso de nosotros en el Hospital Militar, este protocolo se cumple de acuerdo a la ética del profesional o sea no es impuesto por la institución, sino que debe ser por su ética profesional? **Contestó:** Claro ahí se tenía en cuenta la parte ética de la persona, igual los protocolos también que se establecían ahí era como funciones que tenía que desempeñar el personal, lógicamente basado en la responsabilidad, basado en su perfil como persona, esos protocolos eran evaluados si se están cumpliendo o no y lógicamente que quien no los cumpliera pues tenía dificultades en la evaluación. **Preguntado:** ¿En cuanto a los contratos de prestación de servicio que suscribía la señora Luz Stella con el Hospital Militar conoce usted sí al momento de la suscripción de los mismos se les informaban acerca de las funciones que debían desempeñar? **Contestó:** En el contrato estaban las funciones desempeñadas, ósea cada vez que íbamos a firmar el contrato ahí estaban las funciones desglosadas y aparte decían y las demás funciones que se les delegara. **Preguntado:** ¿Las demás funciones podemos hacer referencia a las necesidades del servicio como tal? **Contestó:** No siempre era en el servicio como tal. Por ejemplo, muchas veces Luz Stella tuvo que salir incluso del hospital, de la ciudad a ir a vacunar a otros lugares. Ella estuvo, así que recuerde, por ejemplo, en Aguachica, tenía que haber vacunación, entonces la trasladaban a otro lugar. Entonces no solamente era ahí en la institución sino también fuera. **Preguntado:** ¿Al momento de la suscripción de los contratos de prestación de servicios conoce la señora Leida sí se les informaba si para ese caso se le informó a la señora Luz Stella que estaba suscribiendo un contrato de prestación de servicios que no generaba ningún tipo de vinculación laboral con el Hospital Militar? **Contestó:** La verdad es que no porque es muy claro que sí había un vínculo laboral. Ella tenía que cumplir un horario, ella tenía que cumplir unas normas, ella, ósea ella no se podía ir a la hora que quisiera, ella tenía funciones específicas y era subordinada, ella tenía que deberle a alguien unas tareas, tenía que rendir informes, entonces pues ella tenía que cumplir con eso. […]»

Y la señora Nelsy Janet Otero Contreras, quien también fungió como auxiliar de enfermería en el hospital demandado por 10 años, afirmó que[[26]](#footnote-26):

«[…] Luz Stella trabajó en el hospital más o menos 10 años. **Preguntado:** ¿De qué fecha a qué fecha? **Contestó:** No recuerdo la fecha exacta. Sé que fueron 10 años porque yo trabajé allá también 10 años. **Preguntado:** ¿Qué más le consta, cuál era su actividad, qué realizaba, en qué áreas trabajó? **Contestó:** Luz Stella era auxiliar de enfermería y trabajó en los servicios de Hospitalización, de Urgencias, de Materno infantil y en PyP que fue al final de los 10 años que trabajó ahí. **Preguntado:** ¿Cómo era su actividad, era una persona responsable, disciplinada, correcta? **Contestó**: Luz Stella trabajó 10 años y para estar prestando servicios en cada servicio del hospital, era una persona muy responsable, muy cumplida con su trabajo. […] **Preguntado:** ¿Sabe usted cuál era el horario de trabajo de la señora Luz Stella en Hospital Militar? **Contestó:** Sí señor, eran 12 horas de trabajo, de 7 de la mañana a 7 de la noche. **Preguntado:** ¿Qué días de la semana? **Contestó:** Como salieran publicados los horarios correspondía, pues, de lunes a viernes, los festivos, las noches o los dominicales. **Preguntado:** ¿Quién publicaba esos turnos, quién los elaboraba y de qué manera ella los conocía, cómo se enteraba? **Contestó:** Los hacía la jefe de departamento. Los publicaban en cartelera y ella se enteraba de los turnos como salían publicados. **Preguntado:** ¿Esos turnos eran o no de obligatorio cumplimiento? **Contestó:** Sí eran obligatorios. En el momento que salían publicados ella sabía que tenía que cumplirlos. **Preguntado:** ¿Estando dentro de un turno podía ella ausentarse del sitio de trabajo? **Contestó:** Pues sí tenía alguna calamidad ella lo informaba al jefe inmediato y él le decía si podía o no ausentarse del turno, pero eso ya era autorizado por el jefe. Ella no se podía ausentar si no tenía la autorización. Posteriormente pues pagaba el tiempo que se hubiera ausentado del turno. **Preguntado:** ¿Sabe usted de qué manera se controlaba la entrada y la salida del personal de auxiliares de enfermería? **Contestó:** Al recibir y al entregar turno era de 7 de la mañana a 7 de la noche. Ella tenía que estar, si tenía el turno de la mañana, a las 7 de la mañana o antes tenía que llegar, y a las 7 de la noche se empezaba a entregar turno. **Preguntado:** ¿Sabe usted a qué denominaba el Hospital Militar el Plan Esculapio? **Contestó:** Era un plan donde se le anunciaba a todo el personal, se le anunciaba que iban a llegar heridos entonces había claves que era la amarilla y la naranja. Si era amarilla o naranja, el personal tenía que estar disponible las 24 horas del día y si era la clave roja, el personal tenía que estar dentro del hospital. **Preguntado:** ¿Sabe usted si existía diferencia alguna en cuanto al horario, órdenes recibidas y funciones asignadas a la señora Luz Stella respecto del personal de planta del Hospital Militar? **Contestó:** Las obligaciones para personal de planta como para el que no lo era, eran las mismas. **Preguntado:** Usted manifestaba que Luz Stella estuvo laborando en algunas secciones del Hospital Militar como hospitalización, urgencias, PyP. ¿Sabe usted si ella podía escoger en cuál de esas áreas desempeñar sus servicios? **Contestó:** No señor, los horarios se publicaban y usted tenía que cumplirlos como salían publicados. Ella no podía escoger a qué servicio ni el horario, nada, ósea se cumplían las órdenes. **Preguntado:** ¿y a quién correspondía la determinación de decir Luz Stella a partir del mes siguiente, por ejemplo, va a estar en el servicio de promoción y prevención, quién daba esa orden? **Contestó:** El jefe inmediato y el coronel que estuviera encargado del hospital en ese momento. Él firmaba los horarios cuando la jefe del departamento los hacía. **Preguntado:** ¿Quién era el jefe inmediato de Luz Stella? **Contestó:** Si estaba en urgencias era el jefe de urgencias y el oficial o suboficial que estuviera de turno ese día. **Preguntado:** ¿sabe usted de qué manera conocía el personal específicamente de Luz Stella las funciones que le correspondía desempeñar? […] **Contestó:** Por el contrato, cuando llegaba el contrato ahí decía las funciones que el personal debía realizar. Por el contrato y por las necesidades del servicio. **Preguntado:** ¿Sabe usted si el Hospital Militar brindó o no capacitación a la señora Luz Stella Suárez? **Contestó:** Sí señor. El hospital siempre brindaba capacitación. **Preguntado:** ¿y era facultativa o era obligatoria para ella? ¿debía ella asistir o si quería lo hacía? **Contestó:** No. Era de carácter obligatorio. **Preguntado:** ¿Sabe usted si existían protocolos de cualquier índole en el Hospital Militar? **Contestó:** Sí. Allá había muchísimos protocolos dentro de esos estaba portar el uniforme, que el uniforme que uno compraba con el escudo de Sanidad Militar y la bata y la toca era completamente blanco y si, era uno de los protocolos que había en el hospital. **Preguntado:** ¿Eran de obligatorio cumplimiento? **Contestó:** Sí señor, eran de obligatorio cumplimiento. **Preguntado:** ¿Sabe usted si la señora Luz Stella debía o no rendir informes de su trabajo, sus actividades? **Contestó:** Sí señor, se hacía cada mes por escrito para que le pudieran cancelar el sueldo. **Preguntado:** ¿Sabe usted si a la señora Luz Stella le evaluaban los servicios que ella prestaba? **Contestó:** Sí señor. Siempre evaluaban los servicios. Los evaluaban por escrito y los evaluaban en él, durante el año para saber si renovaban contrato o no, ósea si el personal estaba capacitado, si desempeñaba bien sus funciones lo volvían a contratar. **Preguntado:** ¿quién suministraba los elementos de trabajo a la señora Luz Stella? **Contestó:** El hospital. **Preguntado:** ¿y quién respondía por los elementos? **Contestó:** Por los elementos siempre respondía el personal de enfermería. Ósea, si en el turno de Luz Stella se dañaba algo, ella respondía y tenía que pagarlo. […] **Preguntado:** ¿Podría informar al despacho si sabía acerca de los contratos que suscribía la señora Luz Stella con el Hospital Militar eran de forma permanente y continua? **Contestó:** Como dije anteriormente sí, a nosotros, pues ella recibía un contrato y ahí decía por 6 meses o por 1 año y eso lo renovaban dependiendo de las habilidades y de las capacitaciones y el examen escrito que hicieran. […] **Preguntado:** En respuestas anteriores mencionaba usted que les hacían llegar un contrato en medio físico ¿es cierto? **Contestó:** Sí señora. **Preguntado:** ¿con ese contrato en medio físico tenían ustedes conocimiento de las funciones que iban a realizar durante el periodo para el cual realizaban tal suscripción? **Contestó:** Sí señora. **Preguntado:** ¿En estas funciones eran de común acuerdo, estaban coordinadas o había alguna imposición, ustedes podían manifestar si estaban de acuerdo o ya estaban impuestas? **Contestó:** Las condiciones de trabajo ya venían en el contrato, si usted firmaba era porque estaba de acuerdo. **Preguntado:** ¿En cuanto a los protocolos que hacía mención anteriormente, dichos protocolos se veían de obligatorio cumplimiento en el entendido de que se prestaban por el hecho de ser protocolos de la institución como tal o eran protocolos más de la prestación del servicio como era el perfil de la auxiliar de enfermería? ¿si estos protocolos estaban fijados para el perfil de cada uno de los prestadores del servicio, ósea eran protocolos para los auxiliares de enfermería, protocolos para los jefes de enfermería, si eran más que todo protocolos de ética profesional, usted decía anteriormente que se debía usar el uniforme, portar su toca, el uniforme blanco con los escudos, entonces dichos protocolos se hacían de obligatorio cumplimiento por el hecho de ser protocolos de ética profesional para cada uno de los perfiles de las profesiones? **Contestó:** Sí señora. […]»

Para la Corporación, los tres testimonios fueron contestes en el hecho de que la señora Suárez Rojas prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería, que no tenía un horario específico, sino que cumplía un número determinado de turnos de 12 horas que podían ser en un horario de 7 am a 7 pm (completos) o de 7 pm a 7 am (nocturnos), los cuales no podían ser modificados salvo previa autorización del jefe de servicio o del coordinador; y que existía un plan de emergencia denominado Plan Esculapio, según el cual todos los empleados del hospital, incluidos los contratistas debían tener disponibilidad, ya fuera para acudir de manera inmediata al ente o de permanecer al interior de este para la prestación de servicios de salud.

Frente al cumplimiento de turnos, la Subsección estima que, si bien este no puede considerarse por sí solo como suficiente para acreditar la relación laboral, el hecho de que la demandante tuviera que estar disponible en casos específicos, tal como ocurría cuando se activaba el Plan Esculapio, conllevan necesariamente a concluir que la demandante no podía actuar de forma autónoma e independiente pues se encontraba sometida a la voluntad de su contratante, esto es, a prestar el servicio en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ordenara el Hospital Militar Regional de Bucaramanga.

Por consiguiente, conforme con las reglas de la experiencia, la Subsección considera que, en el caso concreto de la señora Luz Stella Suárez Rojas se demostró fehacientemente la prestación personal del servicio bajo subordinación y dependencia continuada mientras actuó como auxiliar de enfermería en el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, toda vez que en la planta de personal existía el mismo cargo para el cual fue contratada la demandante; las actividades desarrolladas por esta se extendieron por alrededor de 10 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 en tanto que existían situaciones que exigían su disponibilidad de tiempo y recursos más allá de los turnos a los que se comprometió a cumplir.

**En conclusión:** Para la Corporación se demostró la configuración de los elementos propios de la relación laboral entre la señora Luz Stella Suárez Rojas y la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, Dirección de Sanidad del Ejército y el Hospital Militar Regional de Bucaramanga, pero únicamente por los periodos comprendidos entre:

|  |
| --- |
| 1.º de octubre de 2001 al 30de junio de 2002 |
| 2 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2002 |
| 3 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2003 |
| 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2004 |
| 2 de agosto de 2004 al 31 de enero de 2005 |
| 1.º de marzo de 2005 al 31 de julio de 2005 |
| 12 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2006 |
| 3 de agosto de 2006 al 31 de diciembre de 2006 |
| 14 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2007 |
| 9 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 |
| 16 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009 |
| 6 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010 |
| 7 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2011 |
| 6 de enero de 2012 al 31 de julio de 2012 |

**Segundo problema jurídico**

¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber trascurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual sobre el cual se configuró la relación laboral de la demandante y la reclamación administrativa?

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 1968[[27]](#footnote-27) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[28]](#footnote-28) (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 realidad[[29]](#footnote-29):

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

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

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

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

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

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

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

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se tiene 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.[[30]](#footnote-30)

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 26 de noviembre de 2012[[31]](#footnote-31),
* 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** |
| 1.º de octubre de 2001 al 30 de junio de 2002 | 1.º de julio de 2005 |
| 2 de julio de 2002 al 31 de diciembre de 2002 | 1.º de enero de 2006 |
| 3 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2003 | 1.º de enero de 2007 |
| 2 de febrero de 2004 al 31 de julio de 2004 | 1.º de agosto de 2007 |
| 2 de agosto de 2004 al 31 de enero de 2005 | 1.º de febrero de 2008 |
| 1.º de marzo de 2005 al 31 de julio de 2005 | 1.º de julio de 2008 |
| 12 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2006 | 1.º de agosto de 2009 |
| 3 de agosto de 2006 al 31 de diciembre de 2006 | 1.º de enero de 2010 |
| 14 de febrero de 2007 al 31 de diciembre de 2007 | 1.º de enero de 2011 |
| 9 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 | 1.º de enero de 2012 |
| 16 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009 | 1.º de enero de 2013 |
| 6 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010 | 1.º de enero de 2014 |
| 7 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2011 | 1.º de enero de 2015 |
| 6 de enero de 2012 al 31 de julio de 2012 | 1.º de agosto de 2015 |

* 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 octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2008, 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 26 de noviembre de 2012.
* No ocurrió lo mismo con los periodos de vinculación comprendidos a partir del 16 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de la misma anualidad y en adelante, 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.[[32]](#footnote-32)

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que a la señora Luz Stella Suárez Rojas 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 octubre de 2001 al 31 de diciembre de 2008, 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 pensional[[33]](#footnote-33) 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 Suárez Rojas 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 trabajador.

**En conclusión:** En el caso de la señora Luz Stella Suárez Rojas prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 1.º de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2008, 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**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección adicionará un ordinal y modificará los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, 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 octubre de 2001 y el 30 de junio de 2002; el 2 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2002; el 3 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 2 de febrero de 2004 y el 31 de julio de 2004; el 2 de agosto de 2004 y el 31 de enero de 2005; el 1.º de marzo de 2005 y el 31 de julio de 2005; el 12 de agosto de 2005 y el 31 de julio de 2006; el 3 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2006; el 14 de febrero de 2007 y el 31 de diciembre de 2007; el 9 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008.»

**«SEGUNDO. CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO – HOSPITAL MILITAR REGIONAL BUCARAMANGA** a pagar a la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan las auxiliares de enfermería de dicha entidad, liquidadas conforme a los valores pactados en los contratos, por los periodos comprendidos entre el 16 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009; el 6 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010; el 7 de febrero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011 y; el 6 de enero de 2012 al 31 de julio de 2012, debidamente indexados, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.»

**«TERCERO. CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[34]](#footnote-34) 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 Suárez Rojas 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 ponente[[35]](#footnote-35) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. 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.
3. 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.
4. 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).
5. 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.
6. 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 CGP[[36]](#footnote-36), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. 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 un ordinal y modificar los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, 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 octubre de 2001 y el 30 de junio de 2002; el 2 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2002; el 3 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 2 de febrero de 2004 y el 31 de julio de 2004; el 2 de agosto de 2004 y el 31 de enero de 2005; el 1.º de marzo de 2005 y el 31 de julio de 2005; el 12 de agosto de 2005 y el 31 de julio de 2006; el 3 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2006; el 14 de febrero de 2007 y el 31 de diciembre de 2007; el 9 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008.»

**«SEGUNDO. CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO – HOSPITAL MILITAR REGIONAL BUCARAMANGA** a pagar a la señora LUZ STELLA SUÁREZ ROJAS, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan las auxiliares de enfermería de dicha entidad, liquidadas conforme a los valores pactados en los contratos, por los periodos comprendidos entre el 16 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2009; el 6 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010; el 7 de febrero de 2011 y el 31 de diciembre de 2011 y; el 6 de enero de 2012 al 31 de julio de 2012, debidamente indexados, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.»

**«TERCERO. CONDENAR** a la demandada a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[37]](#footnote-37) 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 Suárez Rojas 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.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

1. Folios 262 a 275. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 262 a 263*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 584 a 586 y CD a folios 587. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB. [↑](#footnote-ref-5)
6. Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 635 a 641 vto. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 649 a 657. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 713 a 714. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 729 a 736. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 737 a 742 vto. [↑](#footnote-ref-11)
12. 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. [↑](#footnote-ref-12)
13. «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.» [↑](#footnote-ref-13)
14. 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). [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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). [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-17)
18. «**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.» [↑](#footnote-ref-18)
19. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-19)
20. «**ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN.** La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.» [↑](#footnote-ref-20)
21. Funciones tomadas del contrato 233 de 2011, visible a folios 135 a 140 o 448 a 453 del expediente. [↑](#footnote-ref-21)
22. Según se advierte en la parte considerativa de los contratos a los que se hizo referencia en la tabla 1 de esta providencia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folio 252. [↑](#footnote-ref-23)
24. Prueba testimonial que reposa en CD obrante a folio 614 del expediente. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ídem. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ídem. [↑](#footnote-ref-26)
27. «**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.» [↑](#footnote-ref-27)
28. «**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.» [↑](#footnote-ref-28)
29. 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). [↑](#footnote-ref-29)
30. 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) [↑](#footnote-ref-30)
31. De acuerdo con la constancia de entrega de Servientrega obrante a folios 257 y 258. [↑](#footnote-ref-31)
32. «[…] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[…]» [↑](#footnote-ref-32)
33. 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. [↑](#footnote-ref-33)
34. 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. [↑](#footnote-ref-34)
35. 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. [↑](#footnote-ref-35)
36. «**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 obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]» [↑](#footnote-ref-36)
37. 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. [↑](#footnote-ref-37)