

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Variación Jurisprudencial / SUBORDINACION O DEPENDENCIA – Desvirtúa contrato de prestación de servicios / COORDINACION DE ACTIVIDADES – No configura la subordinación

Para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados. Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la importancia de la subordinación ver sentencia de 23 de junio de 2005, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Expediente 2161-04, C.P., Jesús María Lemos Bustamante, Actor José Ramón Arrieta Chávez

CONTRATO REALIDAD – Relación laboral – MEDICO – No contaba con autonomía e independencia / SUBORDINACION – Horario de trabajo / COTIZACIÓN EFECTOS PENSIONALES – Restablecimiento del derecho

El actor cumplía una función que podía ser desempeñada por personal de planta, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado no eran temporales, pues basta con observar que permaneció prestando sus servicios desde 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007, en el Hospital Militar Seccional Bucaramanga, institución que presta el servicio de salud en forma permanente, no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, debía estar atento a las instrucciones que se le impartieran, estaba sujeto a un horario de trabajo, es decir, era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

PRESCRIPCION – Contrato realidad / PRESTACION SOCIAL – Tres años desde que la obligación se haya hecho exigible / EXEGIBILIDAD DE LOS DERECHOS – Prescripción / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Reclamación dentro de los 3 años a la terminación del contrato

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual. En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente. En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar

que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual no es viable en la sentencia declarar prescripción de los derechos, siempre y cuando el interesado haya reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13)

Actor: DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA.

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGA

Autoridades Nacionales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES

DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado demandó del Tribunal Administrativo de Santander la nulidad del Oficio 0158 de 16 de febrero de 2010 proferido por el Director del Hospital Militar Regional Bucaramanga, mediante el cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del

derecho pretende se condene a la demandada a pagarle el valor de las cesantías, intereses a las mismas, primas de servicio, navidad, vacaciones, indemnización moratoria por mora en el pago, cuotas de la seguridad social por el actor canceladas durante el período que laboró, sumas que deberán ser indexadas y el pago de las costas del proceso, el pago de los perjuicios morales y materiales.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA desempeñó las funciones de Médico Especialista en Urología en el Hospital Militar Regional Bucaramanga mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, desde el 1 de marzo de 1999 hasta el 30 de diciembre de 2007 sin solución de continuidad.

Durante el tiempo que prestó el servicio lo hizo en forma personal y subordinada a la autoridad del demandado, desempeñando funciones tales como: atención de consulta externa de su especialidad programada, diagnóstico y prescripción del tratamiento que debe seguirse, seguir la evolución de los pacientes, emitir conceptos médicos de su especialidad para junta médica, evolución de pacientes hospitalizados y casos quirúrgicos programados y de urgencias.

Recibió un salario mensual como remuneración y cumplió con el horario establecido por la entidad, el cual se desarrollaba mediante turnos de trabajo, cumpliendo las mismas labores de los demás médicos de la Institución.

Por lo anterior, afirma que solicitó a la Entidad el reconocimiento de las prestaciones sociales el 2 de febrero de 2010, petición que le fue negada mediante el acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 25, 29, 125, 209 y 277.
- Ley 4 de 1990: artículo 8.
- Decreto Ley 2400 de 1968.
- Decreto Ley 1042 de 1978.
- Decreto 1045 de 1978.
- Decreto 3135 de 1968.

Como concepto de violación de las normas invocadas expresa:

Con la expedición del acto acusado se desconocen los derechos constitucionales señalados, ya que se induce a la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas que desarrollan las mismas funciones y actividades que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos con las mismas obligaciones y deberes, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por la subordinación y dependencia con que se realiza.

Siendo el cargo desempeñado por el actor el de Médico Especialista en Urología con funciones permanentes en la entidad demandada, era necesario vincularlo directamente y no a través de contratos de prestación de servicios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante providencia de 7 de febrero de 2013 negó las súplicas de la demanda por considerar que el acto demandado no ha vulnerado los derechos del demandante, pues el vínculo que mantuvo el actor con la entidad fue fruto de las órdenes de prestación de servicios suscritas, según lo previsto por la Ley 80 de 1993.

Considera que con los testimonios recaudados no se logra acreditar plenamente la subordinación o dependencia alegada, pues se denota que lo que existió fue una mera coordinación entre el contratista y la institución para poder ejecutar el objeto contractual, ya que el cumplimiento de turnos o la rendición de informes a un Coordinador de servicio en particular no conlleva subordinación, pues resulta apenas natural que la prestación de los servicios en el campo de la medicina esté sujeta a turnos u horarios especiales, en orden a atender la demanda de pacientes, según las necesidades que tenga la institución de salud.

No se indica con claridad, en qué consistía la subordinación frente al Comando de la Segunda División de la Quinta Brigada, es decir, si los profesionales recibían órdenes directas de carácter administrativo, o sobre aspectos que componen la prestación del servicio médico, o sí cumplían el servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 7 de febrero de 2013, con fundamento en los siguientes argumentos:

Luego de reiterar los argumentos de la demanda, afirma que estuvo vinculado a la entidad demanda como Médico Especialista, en forma ininterrumpida y subordinada a las órdenes del Director. Cumplió un horario específico y recibió un salario como contraprestación de su labor.

Señala que el elemento de subordinación siempre estuvo probado durante la ejecución de los contratos suscritos por el actor con la entidad demandada.

Para resolver, se

CONSIDERA

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre el actor y la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional -Hospital Militar Regional de Bucaramanga- se configuró una relación laboral a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita que se ordene el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y el reconocimiento de los aportes a la seguridad social.

DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con el tema, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran para la misma Entidad.

Lo anterior, bajo el supuesto de que desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal y

subordinada. Se definió entonces, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que primaba la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía al reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de “indemnización” para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los médicos que prestaban sus servicios en el mismo centro de salud, tomando como base el valor pactado en el contrato.

Igualmente se argumentaba la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal (artículo 53 de la Constitución Política) y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la contractual regulada por la Ley 80 de 1993, tales cláusulas no regían para el derecho por falta de existencia, caso en el cual no se requería de pronunciamiento judicial.

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia:

- 1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
- 2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
- 3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de Sala Plena, “es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos; razón por la cual surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...”.

Ahora bien, la obligación del juez de aplicar e interpretar las normas con el fin de impartir justicia, acorde con la realidad del momento, ha impuesto a la Sección Segunda, replantear el criterio anteriormente mencionado para introducirle algunas precisiones tal como se verá a continuación.

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara.

La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Así mismo, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.)

Criterio que esta Corporación ha compartido en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación: (como los del 23 de junio del año en curso, exps. 0245 y 2161, M.P. dr. Jesús María Lemos Bustamante)

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

(...)

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

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

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4.

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete 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, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Así se dijo en la sentencia de de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la

*aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**" (Se resalta).*

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados.

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

Del Asunto Concreto

DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA solicitó a la Dirección General de Sanidad del Ejército, mediante escrito de 2 de febrero de 2010, el reconocimiento y pago de emolumentos salariales alegando la existencia de una relación laboral, entre el 1 de marzo de 1999 y el 31 de diciembre de 2007, término por el que solicita el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Observa la Sala que la vinculación del actor con la entidad demandada es a partir del 1 de julio de 2001, pues a pesar que afirma que se produjo el 1 de marzo de 1999, no obran dentro del expediente las órdenes de prestación de servicios o las certificaciones que así lo demuestren, en los siguientes períodos:

Numero de Contrato	Vigencia	Objeto del Contrato
1151-01	01-07-01 al 20-12-01	Médico especialista (Urología)
0047-02	01-01-02 al 30-06-02	Médico especialista (Urología)
0817-02	02-07-02 al 31-12-02	Médico especialista (Urología)
046-03	03-02-03 al 31-07-03	Médico especialista (Urología)
042-03	19-08-03 al 31-12-03	Médico especialista (Urología)
045-04	02-02-04 al 31-07-04	Médico especialista (Urología)
0295-04	02-08-04 al 31-01-05	Médico especialista (Urología)
048-05	03-02-05 al 31-07-05	Médico especialista (Urología)
0339-05	01-08-05 al 31-01-06	Médico especialista (Urología)
075-06	01-02-06 al 31-07-06	Médico especialista (Urología)
0283-06	03-08-06 al 31-12-06	Médico especialista (Urología)
069-07	14-02-07 al 31-12-07	Médico especialista (Urología)

Obra a folio 103 del expediente una de las órdenes de prestación de servicios propuestas de prestación de servicios suscrita por el demandante y la entidad en la que aparecen como actividades a desarrollar las siguientes:

1. Realizar consulta externa programada de medicina especializada, diagnosticar y prescribir el tratamiento que debe seguirse.
2. Evolucionar diariamente en horas de la mañana los pacientes hospitalizados a su cargo.
3. Elaborar la Historia Clínica incluyendo la epicrisis y la contra referencia según las normas vigentes establecidas por el Ministerio de salud y la Dirección de Sanidad Militar.
4. Atender las urgencias médico-quirúrgicos de su especialidad.
5. Atender las interconsultas.
6. Realizar y/o practicar en procedimientos médicos quirúrgicos dentro y fuera de la Institución y controla los pacientes bajo su cuidado.
7. Evolucionar diariamente los pacientes hospitalizados fuera del

Hosmir y que estén bajo su cargo.

8. Participar en los planes de contingencia de atención de emergencias. Para tal efecto cumple con turnos de disponibilidad para responder al llamado de activación del Plan Esculapio en claves Amarilla y Naranja y obligatoriamente hace presencia en clave roja.

9. Emitir los conceptos médicos de su especialidad a los pacientes que van a junta médica.

10. Impartir instrucciones al personal profesional y auxiliar sobre procedimientos propios de su especialidad.

11. Colaborar en la elaboración del Plan de Acción anual de su especialidad.

12. Acatar las normas establecidas institucionalmente en lo referente a formulación, solicitud de ayudas diagnósticas, remisión de pacientes.

13. Participar en la elaboración y actualización del manual de Protocolos y Procedimientos de su especialidad.

14. Realizar dentro de su especialidad las funciones correspondientes a medicina legal.

15. Llevar controles estadísticos con fines científicos y administrativos, y rendir informes mensuales y/o cuando le sean solicitados

(...)

23. Cumplir con las normas disciplinarias y demás reglamentos de la institución.

24. Participar activamente en las brigadas médicas que establezca LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DE EJÉRCITO – HOSPITAL MILITAR REGIONAL BUCARAMANGA.

Por su parte el actor en los diferentes contratos se obligaba a prestar sus servicios en forma personal, de conformidad con lo manifestado en su oferta, supervisado por la Dirección de Sanidad del Ejército –Hospital Militar Regional Bucaramanga-, en los siguientes términos:

*“...LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO –HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGA- vigilará el cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA designado como **SUPERVISOR** al JEFE DE LA SECCIÓN ADMINISTRATIVA- DIRECTOR HOSPITAL MILITAR REGIONAL DE BUCARAMANGAY/O QUIENES HAGAN SUS VECES, mediante acto administrativo o comunicación escrita, sin que exista dependencia jerárquica, quien como supervisor ejercerá las siguientes funciones: a) verificar el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones adquiridas por el CONTRATISTA en virtud de la relación objeto del presente contrato...”*

En otras de las órdenes de Prestación de Servicio señala en cuanto a la supervisión lo siguiente:

*“...La Supervisión e interventoría de esta Orden de Prestación de Servicios estará a cargo del **JEFE INMEDIATO**, quién se*

encargará de velar por el cumplimiento del objeto e informará, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la ocurrencia de cualquier eventualidad o inconveniente que se presente su desarrollo, a la Dirección de Sanidad del Ejército, para que se tomen las medidas administrativas y legales necesarias, así mismo deberá enviar mensualmente la respectiva certificación de entrega a plena satisfacción de los servicios prestados.”

Igualmente la subordinación está demostrada con la siguiente prueba testimonial:

A folios 376 a 379 del expediente obra el testimonio del señor Daniel Santiago Barriga, médico urólogo del Hospital Militar Regional Santander quien manifestó:

*“...**PREGUNTADO:** Tiene conocimiento en qué época ingresó como médico el señor Daniel Eduardo Sánchez Sierra al Hospital Militar?. En caso afirmativo como obtuvo ese conocimiento?. **CONTESTÓ:** En 1999 porque yo en esa época me desempeñaba como urólogo de las Fuerzas Militares, tramitando mi retiro y el Dr. Sánchez me venía a reemplazar **PREGUNTADO:** Tiene conocimiento si el señor Daniel Eduardo Sánchez debía cumplir algún tipo de horario. En caso afirmativo, cual era y porque razón tiene dicho conocimiento? **CONTESTÓ:** Tengo entendido que las funciones eran similares a las que yo ejercía, o sea programación de consulta, cirugía y disponibilidad, yo tenía ciertas horas programadas de consulta y cirugía que para efectos de organización debían cumplirse. **PREGUNTADO:** Sírvase decir a este despacho si el médico Sánchez se encontraba bajo la subordinación o dependencia de alguien. Si es afirmativo a cargo de quién y como se manifestaba la subordinación? **CONTESTÓ:** Si creo, en mi concepto creo que si, a cargo del comando de la segunda división o quinta brigada de esta ciudad Batallón de Servicios (...) **PREGUNTADO:** Usted me habló que tenía que cumplir horario, cual era. **CONTESTÓ:** Con exactitud no me acuerdo porque ya me retiré, pero yo tenía que hacer consulta prácticamente cuatro días a la semana en horas de la mañana y algunas horas a la semana estaban destinadas a la cirugía programada y de urgencia y a la revista de los pacientes localizados en las mismas dependencias del Hospital Militar o en otras clínicas y hospitales de la ciudad. (...) **PREGUNTADO:** Manifiéstele al Despacho que dependencia del Hospital Militar realizaba la programación de consultas, cirugías asignadas al doctor Daniel Sánchez. **CONTESTÓ:** Esas funciones eran asignadas por el Director del Hospital. (...) **PREGUNTADO:** Sabe usted si existían otros profesionales de la medicina bajo la modalidad laboral usted prestó el servicio. **CONTESTÓ:** Si había varias especialidades y médicos generales también...”*

El doctor Rafael González, médico especialista en urología de la misma Institución, señaló:

*“...**PREGUNTADO:** Tiene conocimiento si el señor Daniel Eduardo Sánchez debía cumplir algún tipo de horario. En caso afirmativo, cual era y porque razón tiene dicho conocimiento. **CONTESTÓ:** Cuando yo ingresé a trabajar al Hospital Militar él ya estaba allá y*

*supuestamente hacía lo mismo o las mismas funciones que él. Teníamos horarios de consulta, horas de cirugía y unos turnos de disponibilidad había una agenda que consistía en dos jornadas de consulta, una jornada de cirugía y unos turnos se dividían (sic) entre los dos. **PREGUNTADO:** Sírvase decir a este despacho si el médico Sánchez se encontraba bajo la subordinación o dependencia de alguien. Si es afirmativo, a cargo de quién y como se manifestaba la subordinación. **CONTESTADO:** En la época en que estábamos había un Director y él era el encargado de coordinar todas las actividades y la función mía por lo menos era cumplir la agenda que teníamos asignada. **PREGUNTADO:** Sabe usted si el Médico Sánchez Sierra tenía que cumplir algún horario adicional al ordinario. **CONTESTADO:** En la agenda y esa se realizaba el horario que ya teníamos citado antes, en mi caso dos días de consulta de 7 a 12 y un día de cirugía de 7 a 12 y nos llamaban a valorar paciente por los turnos de disponibilidad de urgencias. (...)*

***PREGUNTADO:** Manifiéstele al Despacho que dependencia del Hospital realizaba la programación de consultas, cirugías asignadas al doctor Sánchez con el Hospital. **CONTESTADO:** la encargada de consulta externa y cirugía (...)*

Como se puede observar, el demandante se encontraba sometido al cumplimiento de un horario de trabajo establecido por el demandado, y además se encontraba supervisado y vigilado permanentemente, características que no son propias de un contrato de prestación de servicios.

De igual manera, en cada uno de los contratos aparecen las funciones del cargo de Médico Especialista en Urología y se precisa además que su jefe inmediato es quien ejerza la supervisión directa, es decir, que al interior de la entidad existe el referido cargo y el mismo se encuentra bajo la dependencia de otro empleado de superior jerarquía.

Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisamente, prevé como una de las hipótesis para la celebración de contratos de prestación de servicios, que para la actividad de que se pretende contratar trate no exista personal de planta o que la actividad requiriera conocimientos especializados.

Lo anterior no se cumple, pues conforme a lo previsto en la norma para tal función, el manual de requisitos y funciones de la Entidad contemplaba personal de planta que tenían asignadas dichas funciones.

En conclusión, el actor cumplía una función que podía ser desempeñada por personal de planta, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado no eran temporales, pues basta con observar que permaneció prestando sus servicios desde 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007, en el Hospital

Militar Seccional Bucaramanga, institución que presta el servicio de salud en forma permanente, no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, debía estar atento a las instrucciones que se le impartieran, estaba sujeto a un horario de trabajo, es decir, era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.

Dicho lo anterior en otros términos: Los servicios que el demandante prestó de manera personal, dependiente o subordinada, cumpliendo un horario de trabajo, desde el 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007, desvirtúan la existencia del contrato de prestación de servicios que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (art. 53 C.N.), amerita la especial protección del Estado que garantiza el artículo 25 de la Carta Política.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado mediante el cual el Tribunal Administrativo de Santander dispuso negar las súplicas de la demanda y en su lugar, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional -Hospital Militar Regional de Bucaramanga-, a cancelar a favor de DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ el valor de las prestaciones a que tiene derecho por el desarrollo de su labor y el correspondiente cómputo del tiempo en que estuvo vinculado mediante órdenes de prestación de servicios para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales tomando como base el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios por el período comprendido entre 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007, tal y como se planteó en sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por esta Subsección con ponencia del doctor JAIME MORENO GARCÍA, en la que se precisó:

“El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.”

La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.

Ahora bien, el salario que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones, será el que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo, si aquél es inferior.

En relación con la prescripción de derechos se observa:

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente.

En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara. Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual no es viable en

la sentencia declarar prescripción de los derechos, siempre y cuando el interesado haya reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

En el presente asunto, el retiro del actor se produjo el 31 de diciembre de 2007 y la solicitud ante la entidad demandada el 2 de febrero de 2010, es decir, dentro del término señalado.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 7 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por el señor DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional -Hospital Militar Regional de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se dispone:

DECRÉTASE la nulidad del Oficio 0158 de 16 de febrero de 2010 proferido por el Director del Hospital Militar Regional Bucaramanga, mediante el cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Como consecuencia de la nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho se **ORDENA** a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional Hospital Militar Regional de Bucaramanga reconocer y pagar al señor DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA las prestaciones sociales dejadas de percibir, durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2001 y el 31 de diciembre de 2007 de conformidad con lo señalado en esta providencia, e igualmente computar el tiempo laborado para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales desde el 1 de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO