

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado proceso : 17001-33-33-001-2018-00226-00
Demandante : Néstor Felipe Muñoz Hernández
Demandado : Hospital Sagrado Corazón E.S.E Norcasia
Sentencia : No. 202
Notificación : Estado No. 156 del 7 de octubre de 2021

Se profiere sentencia en el asunto referenciado, con fundamento en el art. 187 del CPACA, y en consideración a que se encuentra agotado el trámite necesario para tal efecto.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA

Pretende la parte actora que se decrete la nulidad del acto administrativo DP-del 11 de diciembre de 2017 suscrito por la representante legal del Hospital San Roque E.S.E., mediante el cual se negó la existencia de una relación de carácter laboral surgida entre el demandante y la entidad demandada y el consecuente reconocimiento de los derechos laborales.

A título de restablecimiento del derecho, es solicitado i) la declaratoria de existencia de relación laboral entre los antes citados, ii) el pago de las prestaciones sociales de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones y prima semestral dejadas de percibir por la falta de reconocimiento del contrato de trabajo, iii) el pago de la sanción moratoria, v) el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, y vii) finalmente el pago de las indexaciones a que haya lugar.

1.2 HECHOS RELEVANTES

El actor es médico y celebró con la ESE demandada contrato de prestación de servicios profesionales para desempeñarse como “MEDICO GENERAL EN CUMPLIMIENTO DE SU SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO (S.S.O), en el área de

consulta externa, urgencias, hospitalización, referencia y contra-rreferencia, y promoción y prevención”, entre el **1 de enero de 2016 hasta el 15 de diciembre de 2016**, por la suma de \$3.570.000 mensuales.

Se afirma en la demanda que durante el desempeño del servicio Social Obligatorio la demandante prestó sus servicios de manera personal, estuvo sometido a subordinación atendiendo órdenes directas del empleador con cumplimiento estricto de horarios y con la percepción de un salario mensual.

Indicó que debe tenerse en cuenta las similitudes de objeto entre un contrato de trabajo a término fijo suscrito por el Hospital con otro profesional de la salud a quien si le debe cancelar prestaciones sociales, y el celebrado con el demandante

2. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

2.1 Normas violadas

Se relaciona como vulnerado el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia

2.2 Concepto de la violación:

Señala el demandante que en dicho artículo constitucional se encuentra previstos los principios de orden laboral que no pueden desconocerse por la administración, la cual simuló un contrato de prestación de servicios cuando las obligaciones pactadas son idénticas entre un contrato laboral firmado por un profesional de medicina en S.S.O y otro igual bajo la modalidad de prestación de servicios.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal, la **ESE DEPARTAMENTAL SAGRADO CORAZON DE NORCASIA CALDAS** contestó la demanda a través de apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al argumentar que la labor desarrollada por el demandante se enmarcó en un contrato de prestación de servicios profesionales regulado por la ley 80 de 1993, habida cuenta que: i) respecto de la prestación personal del servicio, si bien el actor lo hizo, esto fue en el marco de un contrato de prestación de servicios prestando su labor de manera independiente. li) la remuneración no era más que el valor de la contraprestación pactada en el contrato y iii) no existía subordinación pues el servicio de medicina general es un servicio independiente pues el único requerimiento que se les hace es prestar el servicio en el horario para la atención de usuarios, sin embargo, internamente es el mismo personal el que establece su desempeño diario.

Que las actividades desarrolladas por médico en SSO contratado bajo la modalidad laboral es diferente al contratado bajo modalidad de prestación de servicios pues “a/

trabajador se le determinan actividades DIARIAS, nótese que al contratista simplemente se le contrata para desarrollar consulta médica, pero, en ningún momento se le determina periodicidad, con esta simple interpretación se evidencia lo atinente a un horario laboral. Antes dicho contrato laboral que allega en la demanda, se demuestra que si existían quienes debían cumplir con un horario y quien no, como es el caso del demandante NESTOR FELIPE que era libre en el ejercicio de la programación horario de sus actividades”

Señaló que no hay lugar al pago de vacaciones y prima de vacaciones porque las vacaciones no constituyen una prestación social sino un descanso remunerado, y por tanto no tiene derecho a sus disfrute ni compensación en dinero ya que la misma no está consagrada como retribución del servicio prestado, por tanto, si la prima de vacaciones la otorga la ley cuando se tiene derecho a vacaciones, al no tener el demandante derecho al descanso remunerado, no hay lugar tampoco a otorgarle la prima. Se negó al reconocimiento de las demás prestaciones sociales pretendidas por cuanto las mismas solo se generan en el marco de un contrato laboral, el cual no existió en el presente caso.

3.1 Excepciones

Propuso como excepciones de fondo la siguiente:

-Excepción de presunción legal del contrato: los contratos de prestación de servicios que suscribió el actor están cobijados por la presunción legal del inciso 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, puesto que el actor *“únicamente alega que prestó un servicio personal al Hospital demandado, y que ese enunciado no es suficiente para desvirtuar la presunción legal (...)”*.

-Excepción de perfeccionamiento de contratos estatales: Dice que ese Hospital siempre ha celebrado y perfeccionado los contratos mediante el procedimiento legal establecido, por lo cual *“es imposible que la demandante quiera que se le reconozca una relación laboral en periodos diferentes a lo contentivo del contrato”*.

-Excepción horario de trabajo no implica subordinación, ni contrato de trabajo: Preciso que el hecho de que al actor se le asignara un cuadro de turno no reviste subordinación por si sola de acuerdo al Consejo de Estado, pues los turnos obedecen a actividades de coordinación entre contratante y contratista.

-Excepción- La prestación de servicios fue de manera independiente y autónoma: que la demandante no acreditó que dentro del periodo de ejecución del contrato se le hubiera solicitado la implementación de algún tipo de orden que constituya un elemento de subordinación, o se le impidiera la aplicación autónoma e independiente de sus conocimientos y que por ello le impartiera ordenes en el ejercicio de sus obligaciones como contratista de la ESE.

-Excepción de falta de existencia del cargo: Que revisado el archivo central y de gestión nunca ha existido dentro de la estructura administrativa de esa entidad, un cargo y funciones similares para un médico general por lo que es imposible al representante legal realizar un nombramiento de una persona que ejerza este cargo y cumpla unas funciones que no están establecidos dentro de la planta de cargos de la entidad y por ello, fue necesario acudir a la figura legal de la prestación de servicios. (ff. 73-92 pdf 87 C.1)

El despacho recuerda que en la audiencia inicial el litigio quedó concretado en cuanto a las excepciones anteriores quedaban fusionadas en una sola denominada: inexistencia de los requisitos necesarios para la configuración de una relación laboral, la cual analizaría los argumentos que sustentan todas las excepciones propuestas.

4. TRÁMITE PROCESAL

4.1 La audiencia inicial: El día 9 de febrero del presente año, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, se fijó el litigio y se propuso como problema jurídico resolver si en el año que el accionante prestó sus servicios profesionales como médico en el hospital demandado, en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, se configuraron los elementos esenciales de una relación laboral, y de ser así, a qué prestaciones sociales tenía derecho.

Acto seguido se intentó la conciliación que fue declarada fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

Se decretaron las pruebas documentales allegadas tanto con la demanda como con la contestación de la misma y se decretó como prueba documental pedida por la parte actora que se aportara copia de los contratos de trabajo firmados con médicos del servicio social obligatorio en el mismo período que el señor Néstor Felipe Muñoz Hernández, prueba que nunca aportó el Hospital demandado, prese a que en la audiencia de pruebas celebrada el 26 de febrero del presente año, se le otorgó el término de 20 días para cumplir con esta carga procesal.

Por auto del 20 de agosto de 2021 se fijó el día 28 de septiembre de 2021 para llevar a cabo la continuación de la audiencia de pruebas. Celebrada la misma

Agotada la etapa probatoria se corrió traslado a las partes para que en el término de (10) días siguientes a la audiencia, presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con el inciso final del numeral 2 del artículo 181 del CPACA.

4.2. Alegatos de conclusión: En esta oportunidad procesal, se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

PARTE DEMANDANTE: Se refiere a los argumentos expuestos en la demanda ratificándose en ellos como en las pretensiones de la demanda.

PARTA DEMANDADA: Refiere nuevamente que el demandante no cumplía un horario, pero luego dice que simplemente tenía un horario de llegada y de salida porque así se fijaron los horarios de prestación de servicios de la entidad, y que si bien había un horario este lo fijaba el demandante. Que no es de recibo que el cumplimiento de horario se enarbole para reclamar la existencia de un contrato de trabajo, pues no hacerlo implicaría de paso el incumplimiento de las obligaciones contractuales

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1 COMPETENCIA: El juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2 GENERALIDADES: Revisado el trámite que se le imprimió a este proceso, encuentra el despacho que no se configura causal de nulidad alguna que vicie la actuación; además de encontrarse reunidos los presupuestos procesales, razón por la cual, el despacho procederá a proferir sentencia de acuerdo a lo establecido en el inciso final del art. 181 del CPACA.

5.3 PROBLEMA JURÍDICO: el punto litigioso se contrae a establecer si en este caso es procedente declarar la existencia de una relación laboral, por darse durante la ejecución del contrato los elementos constitutivos de ese tipo de vínculo y, por tanto, si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos a que da origen una relación laboral, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De encontrarse demostrado lo anterior deberá analizarse si se presenta el fenómeno prescriptivo con respecto a todos o algunos de los derechos que emanan de la relación que así llegue a declararse.

En este orden de ideas, el problema jurídico se puede resumir en las siguientes preguntas:

¿En el proceso se encuentran demostrados los elementos constitutivos de una verdadera relación laboral?

En caso de responderse afirmativamente la pregunta anterior, se deberá resolver:

¿En el proceso se configura el fenómeno de la prescripción de prestaciones laborales?

¿Cuáles son las prestaciones a las que tiene derecho el señor Néstor Felipe Muñoz Hernández?

Se analizará entonces la excepción “INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA RELACIÓN LABORAL”.

5.4 PRUEBAS.

Con la demanda fueron aportados los siguientes documentos:

- Contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas y Néstor Felipe Muñoz (f.14-18)
- Contrato individual de trabajo celebrado entre el Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas y Cristian Camilo Ortiz González. (ff. 19-22)
- Acta de inicio del contrato celebrado entre el Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas y Cristian Camilo Ortiz González. (f. 23)
- Resolución No. 019 de 2018 por medio de la cual se liquidan las prestaciones sociales de un médico rural vinculado por contrato de trabajo, expedida por el Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas (ff. 24-27)
- Oficio No. 03-007-2016 del Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas por medio del cual remite al actor el cuadro de turnos solicitado ff 28-32)
- Cuadro de turnos efectuados por el demandante en el Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas (ff 33-42)
- Solicitud elevada por el apoderado judicial del demandante al Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas para el pago de prestaciones sociales (ff 43-44)
- Respuesta del 11 de diciembre de 2017 por medio del cual el Hospital demandado niega la solicitud de pago de prestaciones sociales (ff. 45-46)
- Copia de concepto jurídico del Departamento Administrativo de la función Pública sobre las prestaciones sociales devengadas por médicos en SSO (f.f. 47-52)
- Constancia de no acuerdo conciliatorio expedido por la Procuraduría 70 Judicial para Asuntos Administrativos (ff. 53-54)
- Certificación “plan de cargos Hospital Sagrado Corazón de Norcasia año 2016” (f.103)
 - Hoja de vida del demandante allegada por la ESE demandada. (ff.104-117)
 - Copia de planillas de pago a salud y pensión realizadas por el demandante

(f.118-131)

-Contratos de trabajo de los médicos: Claudia Marcela Enriquez Urbano, Cristian Camilo Ortíz González, y Daniela María Obregón Rodríguez celebrados con el Hospital Sagrado Corazón de Norcasia, en el año 2017. Ver archivos No. 26, 28 y 29 del expediente virtual.

-Contrato de prestación de servicios profesionales de los médicos Yairalis Stepfany Cartaya, Ana María Henao Yepes, y Andrés Felipe Murillo Ruíz celebrados con el Hospital Sagrado Corazón de Norcasia, documentos que fueron decretados como prueba documental de la parte demandante y fueron allegados por la ESE demandada en correo electrónico del 14 de agosto de 2021. Ver archivos No. 30 a 37 del expediente virtual.

5.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.6.1. Naturaleza del Servicio Social Obligatorio, recuento de su regulación legal y régimen salarial.

El servicio Social Obligatorio se encuentra establecido en el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 y reglamentado por las Resoluciones 1058 de 2010, 2358 de 2014 y 06357 de 2016. no es más que un programa implementado en el sector salud ejercitado por los profesionales de esta área tales como; médicos, bacteriólogos, personal de laboratorio clínico, enfermería etc., el cual consiste en que una vez obtenido el título profesional, en aras de retribuir a la sociedad por su formación se vinculan a cualquier organismo o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de carácter público o privadas sin ánimo de lucro para desempeñar labores de su cargo.

Este servicio social se realiza por un término hasta de un año, durante el cual se deben desempeñar funciones y actividades específicas en proyectos, programas y acciones de salud según su profundización.

Sus orígenes se encuentran en Ley 50 de 1981, la cual dispuso que la práctica de este servicio sería un requisito inexcusable para la refrendación del título profesional, es decir que los egresados de estas profesiones deben cumplir con esta práctica a fin de quedar habilitados para ejercer su carrera.

La Corte Constitucional en sentencia T 520 de 2017 se refirió a las características de éste servicio, indicando lo siguiente:

“El SSO tiene las siguientes características que determinan su naturaleza: a. Es un trabajo de carácter social que tiene como finalidad mejorar el acceso a los servicios de salud de los grupos poblacionales vulnerables. b. Debe garantizar una remuneración adecuada y

prestaciones sociales a quienes llevan a cabo el servicio. c. Se puede cumplir a través de varias modalidades (...)"

Por medio de la Resolución 11632 de 1980 suscrita por el Ministerio de Salud¹, se estableció los trámites a seguir para la solicitud de plazas del Servicio Social Obligatorio en las áreas de Odontología, Microbiología, Laboratorio Clínico, Bacteriología (estas tres anteriores se refieren al mismo profesional), Licenciado en Enfermería, Enfermera General y Técnicos en Enfermería y se definió algunos aspectos laborales que orientaban su forma de contratación.

Luego se profirió la ley 50 del 27 de mayo de 1981, en la que se recogieron las disposiciones anteriores y se reglamentó el Servicio Social Obligatorio en el territorio nacional para todas las personas con formación tecnológica o universitaria, según los niveles educativos que, para ese entonces, definía el Decreto - Ley 80 de 1980².

Así, puede decirse que a través de la ley 50 de 1981: i) cambió la denominación de año rural por Servicio Social Obligatorio a efectos de que este se efectuara en la urbe; ii) estableció el término de duración de un año para este servicio; iii) fue extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior; iv) determinó su realización en fecha posterior a la obtención del título; v) constituyó esta práctica como un requisito indispensable para refrendar el título; y iv) creó el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio (CNCSSO) adscrito al Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES), como ente encargado de organizar todo lo relacionado con el Servicio Social Obligatorio.

En consideración al régimen salarial y prestacional de los profesionales que prestan el Servicio Social Obligatorio determinó en su artículo 6º lo siguiente:

“(...) Artículo 6. Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes prestan el servicio social obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo nacional coordinador del servicio social obligatorio (...).» (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Sobre el particular, el Ministerio de Salud³ dispuso en el Boletín Jurídico No. 1 de diciembre de 1995, que:

“(...) De conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1981, las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los profesionales que prestan el

¹ Por medio de la cual se dictan normas sobre el Servicio Social Obligatorio en Medicina, Odontología, Microbiología, Laboratorio Clínico, Bacteriología.

² “(...) Por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria (...)”.

³ Hoy, Ministerio de Salud y Protección Social.

servicio social obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule para el cumplimiento de dicho servicio, es decir se les aplicarán las mismas normas.

Lo anterior significa que a estos profesionales se les aplicarán los factores salariales que estén establecidos para los funcionarios de la institución donde desarrolla el servicio, las prestaciones sociales, al igual que la jornada de trabajo establecida.

Cabe señalar que todo profesional en servicio social obligatorio se vincula a la institución mediante la modalidad legal o reglamentaria la cual le da el carácter de empleado público, pero por tratarse del cumplimiento de un deber legal, el nombramiento se hace a término fijo. Los empleados públicos están vinculados a la administración mediante acto administrativo (decreto o resolución), sus funciones no pueden ser negociadas y están previamente descritas en leyes y reglamentos, al igual que se encuentran reglados los requisitos para desempeñar los empleos, sus salarios y prestaciones sociales (...).”

La ley 50 de 1981 fue reglamentada, entre otros, por los siguientes decretos, los cuales establecieron:

El Decreto 2396 de 1981 determinó: i) las profesiones que debían cumplir con el servicio social obligatorio⁴; ii) que la duración sería de un año de tiempo completo⁵; III) que los sitios e instituciones donde podría llevarse a cabo serían las entidades oficiales y de salud de carácter privado sin ánimo de lucro de zonas rurales o urbanas marginadas o, en su defecto, desarrollarán programas de salud que atendieran emergencias, calamidades públicas o programas docentes de tipo científico o investigativo; y, iv) reiteró que quienes prestaran este servicio estarían sujetos a las a las disposiciones que en materia de personal rigieran en las entidades a las cuales se vinculen.

El Decreto 3289 de 1982, en esencia, disminuyó, a seis meses el servicio social obligatorio en aquellas zonas en donde se estuviera sometida a enfrentamiento armado o a acciones subversivas.

El Decreto 1155 de 1983 hizo extensiva la obligatoriedad de este servicio a los egresados de los programas de Biología, Trabajo Social, Fisioterapia, Terapia Ocupacional y Fonoaudiología, Nutrición y Dietética, Química y Farmacia, Medicina Veterinaria, Medicina Veterinaria y Zootecnia, y Psicología.

⁴ a. Medicina.

b. Odontología.

c. Microbiología, Bacteriología y Laboratorio Clínico.

d. Enfermería con formación tecnológica o universitaria.

⁵ A excepción del Servicio Social Obligatorio en la Isla Prisión Gorgona, cuya duración será de 6 meses.

El Decreto 3448 de 1983 estableció un estatuto para las zonas fronterizas del país y brindó, como estímulo, a los profesionales que se vinculen en dichos lugares, la disminución del Servicio Social Obligatorio a nueve meses.

El Decreto 2865 de 1994 responsabilizó a las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud de la selección, aprobación y renovación de las plazas para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, «con sujeción a los criterios que fije el Ministerio de Salud, así como a las normas técnicas que expida para la prestación de dicho servicio», también orientó a esas entidades a racionalizar «la distribución de las plazas de Servicio Social Obligatorio, en el territorio de su jurisdicción, de acuerdo con la proporción de la población con necesidades básicas insatisfechas, dando prioridad a los centros y puestos de salud del área rural». En igual sentido expresó que «la entidad solicitante debe contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal y cumplir con las demás disposiciones que en materia de vinculación de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.»

La **Resolución 000795 de 1995** del Ministerio de Salud estableció los criterios técnicos y administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio. Con fundamento en el numeral 7º del artículo 4º del Decreto - Ley 1298 de 1994, que dispuso que la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud es descentralizada, definió los nuevos criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud certificadas, aprobaran y renovaran plazas para este servicio.

Dicha resolución señaló: i) que las plazas se debían orientar preferentemente a la ampliación de cobertura en salud en las poblaciones de estratos socioeconómicos 1 y 2; ii) determinó que las funciones y actividades del profesional en Servicio Social Obligatorio debían estar de acuerdo con los programas que se fueran a desarrollar y que estas personas debían contar con la infraestructura necesaria para el desarrollo de sus tareas; y, iii) consideró que quienes estuvieran en cumplimiento del sistema Social obligatorio debían gozar de las mismas garantías del personal de planta y que estarían sujetos a las disposiciones vigentes en administración de personal, salarios y prestaciones sociales que rigieran en las entidades donde prestara dicho servicio⁶.

Añadió que es deber del profesional del Servicio Social Obligatorio permanecer disponible para cualquier emergencia que se presente, sin que se le puedan desconocer los derechos laborales y legales que le asisten:

⁶ Artículo 1º, numerales 7º y 8º.

“(…) 7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc (…).”

“(...) ARTICULO 6º. Es deber del profesional de la salud que presta el Servicio Social Obligatorio permanecer disponible para cualquier emergencia que se presente, sin que se le desconozcan sus derechos laborales y legales por parte de la entidad donde está prestando este servicio.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo, se entiende por disponibilidad permanente del profesional de la salud que esté prestando el Servicio Social Obligatorio, el deber legal de permanecer disponible en la localidad sede de la plaza para cualquier emergencia en salud.».

La **Resolución 1140 de 2002** determinó las localidades en las que el programa de servicio social obligatorio sería de seis meses, término que podría ampliarse *«hasta por seis meses más, siempre que se trate de garantizar la prestación del servicio o no exista solicitud de aspirantes, previo acuerdo con el profesional de salud.»*

Ahora bien, actualmente el Servicio Social Obligatorio se encuentra establecido en el artículo 33 de la Ley 1164 del 2007, el cual en su parágrafo 5º estableció:

“(...) Parágrafo 5º. El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981 (...)»

Así, el artículo 33 de la ley en comento estipuló:

“(...) Artículo 33. Del Servicio Social. Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.

El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.

Parágrafo 1. El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.

Parágrafo 2°. El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.

Parágrafo 3°. La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.

Parágrafo 4°. El personal de salud que preste el Servicio Social en lugares de difícil acceso tendrá prioridad en los cupos educativos de programas de especialización brindados por las universidades públicas, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos académicos exigidos, igualmente gozarán de descuentos en las matrículas de conformidad con los porcentajes establecidos por las entidades educativas. El Gobierno Nacional reglamentará los incentivos para las entidades públicas o privadas de los lugares de difícil acceso que creen cupos para la prestación del servicio social.

(...)»

La **Ley 1164 del 2007**, fue reglamentada, entre otras, por la Resolución 1058 del 2010 suscrita por el Ministro de Protección Social, la cual en su artículo 15, señaló:

*“(...) Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y **una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.** Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar (...)”.* (Lo resaltado en negrilla y subrayado es de la Sala).

Esta situación referida a la remuneración de quienes prestan el servicio social obligatorio fue claramente definida por el Consejo de Estado⁷, al señalar que “(...) quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad⁸. En consecuencia, no pueden estar vinculados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios ni siquiera cuando se trate de Empresas Sociales del Estado, dado que la normatividad que regula la materia no consagra para el efecto ningún tipo de excepción (...)”.

Del anterior recuento normativo se puede concluir, que la orientación dada por el legislador al momento de crear el Servicio Social Obligatorio fue la de proveer personal calificado idóneo para garantizar la cobertura en salud a todos los habitantes del territorio nacional. Así mismo, que las normas que lo regulan se encaminan a ofrecer un incentivo económico y laboral para los profesionales que deben cumplir con el requisito para convalidar su título.

Se resalta, el Servicio Social Obligatorio está regulado por normas que salvaguardan los derechos de los profesionales que prestan esa labor, con lo que se garantiza un régimen salarial justo y retributivo, por lo que quienes desempeñan un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad, siempre y cuando se encuentren desempeñando las mismas funciones y bajo las mismas condiciones que el personal de planta y, en ningún caso, su remuneración puede ser inferior a la de los cargos en planta de las instituciones en la cual prestan sus servicios.

5.6.2. Marco legal y jurisprudencial sobre la teoría del contrato realidad y el régimen de prescripción de las prestaciones sociales.

Según el artículo 53 de la Constitución Política son principios mínimos fundamentales de los empleados en el ordenamiento jurídico colombiano, los siguientes: (i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; (ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; (iii) estabilidad en el empleo; (iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; (v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; (vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; (vii) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (viii) garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y (ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 25 de marzo del 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1131-09.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 16 de abril de 2009, No. Interno: 0694-07, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales consiste en la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada que se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes de una relación, por tanto cualquiera que sea la modalidad de contratación adoptada formalmente, si en la práctica se reúnen y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la procedencia de la figura del contrato realidad va ligada íntimamente con el principio de primacía de la realidad sobre las formas como quiera *que “aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”*⁹

Por lo tanto, la figura del contrato realidad tiene lugar cuando en una vinculación contractual, bajo la forma de contrato de prestación de servicios, la cual está regida por los requisitos y tópicos previstos en el Estatuto de la Contratación Estatal – inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y en la cual se estipula la presunción legal referida a que no genera ninguna relación laboral como tampoco el pago sueldos y prestaciones sociales¹⁰, se aprecia en la realidad fáctica una verdadera relación de trabajo que se esgrime a partir del cumplimiento de sus tres componentes: (i) prestación personal del servicio; (ii) retribución; y (iii) subordinación. De presentarse esta circunstancia, se desnaturaliza aquella vinculación contractual y surge una relación de trabajo que permite al contratista ser beneficiarios del pago de las prestaciones sociales que se causen con ocasión a los servicios prestados.

El contrato estatal de prestación de servicios de acuerdo al artículo 32 de la ley 80 de 1993, no sólo está autorizado para situaciones que se consideren excepcionales, sino también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social. Sin embargo, la jurisprudencia ha reiterado que cuando la utilización de este tipo de contratos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, o en su defecto *“se celebren para la ejecución de actividades permanentes o misionales, en donde materialización de la actividad o servicio contratado, muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elementos subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.”*¹¹

⁹ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

¹⁰ La ley 80 refiere que “en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”

¹¹ Tribunal Administrativo de Sucre. Salta Tercera de Decisión, sentencia del 22 de febrero de 2019. MP Eduardo Javier Torralvo Negrete.

Frente al elemento subordinación, este se puede tener por acreditado cuando se avizora el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público¹² o cuando conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, “o su permanencia y continuidad dan lugar a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios”¹³.

Ahora bien, para el caso particular que se estudia en esta sentencia, téngase en cuenta que el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, autorizó expresamente a las empresas sociales del estado, para desarrollar sus funciones, mediante contratación: 1. con terceros, 2. Empresas sociales del estado de mayor complejidad. 3. Entidades privadas; 4. Operadores externos¹⁴, y si bien la sentencia C- 171 de 2012, se declaró su exequibilidad condicionada, precisó las condiciones para llevar a cabo tal contratación en los siguientes casos:

- i) cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad,
- ii) cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o;
- iii) cuando se requieran conocimientos especializados.

Lo anterior, con la aclaración ya bien sabida de que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁵, tesis que es acogida también por la Corte Constitucional¹⁶

Así las cosas, pasará el Juzgado a estudiar el caso concreto y determinar si en el caso bajo estudio se configuró una relación laboral, o si por el contrario no se desnaturalizó el vínculo contractual público, derivado de la prescripción contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

5.7. El caso concreto.

De acuerdo a la prueba documental que reposa en el expediente, el demandante, señor Néstor Felipe Muñoz Fernández prestó sus servicios como “MÉDICO RURAL

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, radicado 050012331000199901406 01

¹³ Ver el inciso final del artículo 2 del decreto 2400 de 1968 modificado por el artículo 1º del decreto 3074 de 1968 que prescribe que: **Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.**”

¹⁴ ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad”

¹⁵ sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ Ver sentencia T- 093 de 2010.

EN SSO” en la ESE Hospital Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas desde el 1 de enero de 2016 al 15 de diciembre de 2016¹⁷, de acuerdo al contrato de prestación de servicios profesionales suscritos entre el Hospital y el demandante, cuyo objeto fue: *“prestar los servicios requeridos por la entidad como MEDICO GENERAL EN CUMPLIMIENTO DE SU SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO en el área de Consulta Externa, Urgencias, Hospitalización, referencia, y contra referencia y promoción y prevención.”*

Para demostrar la relación laboral, como se dijo precedentemente, es necesario establecer y acreditar los tres elementos esenciales para una vinculación de tipo laboral, esto es: **i)** La prestación personal del servicio, **ii)** La remuneración o pago y **iii)** La subordinación.

En consecuencia, el despacho procederá a estudiar cada uno de estos elementos, para determinar si se encuentran configurados en el asunto bajo examen, haciendo especial énfasis sobre el último de ellos, pues con la existencia de este, es suficiente para que se configure una verdadera relación laboral, debido a que las dos primeras, esto es, la remuneración y la prestación personal del servicio, además de que son colindantes a todo tipo de contrato, no existe discusión entre las partes sobre tales puntos.

5.7.1 Sobre la prestación personal del servicio

En cuando al cumplimiento del primer requisito, entendido como la actividad o prestación personal del servicio -la cual se caracteriza porque no puede ser delegado en otra persona- se observa del contrato de prestación de servicios profesionales que obra en el plenario, y así fue aceptado por las partes, que dicha relación estuvo regida entre otras obligaciones, por las siguientes que se destacan contenidas en el parágrafo de la cláusula primera del contrato de prestación de servicios profesionales:

“PRIMERA. OBJETO. EI CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL a prestar los servicios requeridos por la entidad como MEDICO GENERAL EN CUMPLIMIENTO DE SU SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO en el área de Consulta Externa, Urgencias, Hospitalización, referencia, y contra referencia y promoción y prevención.” **PARÁGRAFO:** *obligaciones específicas:*

- 1. Realizar la consulta externa que le sea programada.*
- 2. Cumplir con el cuadro de turnos del servicio de urgencias.*
- 3. Valorar los pacientes que le sean programados semanalmente en el servicio de consulta externa.*
- 4. Realizar las necropsias que le correspondan por cuadro de turno.*

¹⁷ Este extremo temporal será objeto de análisis en el apartado 5.7.3. de esta sentencia.

5. *Desplazarse a las veredas y ancianato en las brigadas de salud que le sean programadas*
6. *Realizar acompañamiento en el traslado de pacientes a niveles superiores cuando por causa de su patología sea necesario y conveniente al acompañamiento médico.*
7. *Aplicar las estrategias para el primer nivel de atención de la salud.*
8. *Integrar el equipo interdisciplinario.*
9. *Participar en acciones de promoción de la salud y prevención específicas e inespecíficas.*
10. *Promover y o integrar las entidades existentes o información que impliquen formas de participación comunitaria.*
11. *Planificar las acciones en salud con la actuación principal de la comunidad.*
12. *Realizar un diagnóstico de situación basado en un enfoque crítico de riesgo teniendo en cuenta los factores demográficos, sanitarios, socioculturales, económicos y epidemiológicos ordenados para el municipio en forma permanente.*
13. *Enfatizar las tareas de evaluación continua de las acciones de salud.*
14. *Planificar acciones de salud.*
15. *Registrar todas las prestaciones en salud que realizan la respectivas historias clínicas y software de la ESE.*
16. *Realizar la historia clínica individual y familiar.*
17. *Efectuar la práctica asistencial según normas adaptadas con la participación de los actores locales a su realidad cotidiana.*
18. *Referenciar y promover la contra referencia.*
19. *Indicar la internación y/o traslado del paciente.*
20. *Realizar el seguimiento de pacientes derivados a niveles de mayor complejidad.*
21. *Colaborar con la atención integral del paciente internado.*
22. *Continuar con el tratamiento y seguimiento del paciente externado.*
23. *Asesorar en temas de salud e instituciones y grupos del área.*
24. *Realizar la coordinación de comités institucionales a su cargo.*
25. *Salvaguardar la confidencialidad de las historias clínicas y no realizar ningún tipo de reproducción de las mismas.*
26. *Las demás que le sean asignadas por parte de la gerencia con ocasión y que sean afín a su profesión.”*

Como puede colegirse de la naturaleza de las anteriores funciones, todas implican una actividad personal del médico, sin que por lugar alguno del contrato, o de la contestación de la entidad, se haya dicho que estas funciones se podían delegar, o alguna vez lo fueron. Circunstancias que dan cuenta de la prestación personal e indelegable que el demandante estaba obligado a cumplir sin falta, previa autorización o permiso por los directivos de la ESE.

En ese orden de ideas, y dado que en el trámite judicial no se exhibió medio de prueba o versión testimonial alguna que condujera a poner en duda la prestación personal del servicio por parte del señor Muñoz Hernández, el despacho encuentra configurado el primer elemento para sostener la existencia de una relación laboral.

5.7.2 De la remuneración o pago

En lo relativo al salario o remuneración como contraprestación del servicio prestado, de acuerdo al contrato de servicios suscrito por el señor Néstor Felipe Muñoz Hernández y la ESE Departamental Sagrado Corazón del Municipio de Norcasia Caldas el día 1 de enero de 2016, se observa en su cláusula cuarta y quinta del contrato se estipuló el valor global del contrato, y también su forma de pago, que serían en pagos iguales mensuales hasta agotar las reservas del presupuesto pactado.

En este caso el presupuesto total del contrato se pactó en cuantía de \$43.055.000 y pagos mensuales de \$3.570.000 durante los doce meses de duración del contrato:

“CUARTA. VALOR. para todos los efectos legales y fiscales el presente contrato tiene un valor de **CUARENTA Y TRES MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS (\$43.055.000).** **QUINTA. FORMA DE PAGO:** EL HOSPITAL, cancelará al **CONTRATISTA** entre el día 15 y 16 de febrero de 2016 la suma de TRES MILLONES QUIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3.570.000,00) y en adelante pagos mensuales entre los días 10 y 16 de cada mes el valor de **TRES MILLONES QUIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$3.570.000,00)** hasta agotar el rubro del presente contrato de acuerdo a las actas de cumplimiento a satisfacción, firmadas por el **SUPERVISOR** y presentación de constancia de pago al sistema de seguridad social (Salud-Pensión-Riesgos Profesionales.)” (f.97C.1)

Igualmente, en el párrafo de esa cláusula quinta se estipuló un pago por el proceso de remisiones. Las realizadas al municipio de la Dorada Caldas tendrían un valor de \$25.000 por remisión, y a otros municipios se cancelaría la suma de \$55.000 que serán pagados *“conforme a los cumplidos que hagan entrega al mes siguiente de haberlas realizado.”*

De todo lo dicho entonces, ha quedado probado que a la parte actora se le cancelaron sumas de dinero como retribución por el cumplimiento de la prestación

personal de unos servicios para los que fuera contratado, de manera tal que resulta claro el cumplimiento del segundo elemento para la configuración de una relación laboral.

5.7.3 La subordinación

Ahora bien, frente al tercer requisito relacionado con la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a este para exigir el cumplimiento de órdenes a aquel en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, se ha decantado a nivel de la doctrina y la jurisprudencia que éste último elemento es el que resulta determinante para diferenciar una relación de tipo laboral de cualquier otra que comporte la prestación de un servicio de manera independiente en el marco de un contrato de naturaleza civil, pues en virtud de esta facultad le es permitido al empleador dar órdenes a sus empleados, disponer de su capacidad y fuerza de trabajo según sus instrucciones, necesidades y conveniencias e imponer la obligación de cumplir con todas las órdenes e instrucciones que imparta su contratante, así, una de las expresiones más comunes de la subordinación, es la obligación de cumplir un horario por parte del trabajador, donde se impone pedir permiso para salir del trabajo o para faltar a él, puesto que si no fuese así, el trabajador podría disponer de su tiempo según su conveniencia, siempre y cuando, claro está, cumpla con el objeto del contrato si este fuera de servicios.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C 386 de 2000, se pronunció:

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

De esta forma, si bien los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, con la existencia de este último es suficiente para que se configure una verdadera relación laboral, debido a que las dos primeras, esto es, la remuneración y la prestación personal del servicio, son comunes al contrato de trabajo y al contrato de prestación de servicios, **puesto que, en la segunda forma de vinculación indicada, el contratista desarrolla una actividad por la cual percibe un pago o remuneración al no existir contratos de servicio gratuitos.**

Adicionalmente en el ámbito del derecho laboral administrativo, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, al analizar la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, introdujo a estos análisis, cinco elementos diferenciadores de la relación de trabajo respecto de la surgida de los contratos de prestación de servicios suscritos con el estado, a saber:

*“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) **Criterio funcional**, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) **Criterio de igualdad**: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) **Criterio temporal o de la habitualidad**: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) **Criterio de la excepcionalidad**: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) **Criterio de la continuidad**: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.*

En el caso concreto se avizora la acreditación del **criterio Funcional**, habida cuenta que la función de médico del Hospital Sagrado Corazón del municipio de Norcasia

Caldas es una función que *“usualmente debe adelantar la entidad pública”*, pues la razón de ser de una Institución Hospitalaria no es otra que la prestación del servicio de salud en todos sus componentes o especialidades, sin que el hecho de que cualquier organización para operar de manera adecuada tenga detrás un andamiaje administrativo, logístico, financiero, estratégico, operativo y demás, pueda desdibujar la razón de ser de un centro de salud, la cual es prestar el servicio a la población de que se trate a través de profesionales en medicina, odontología, y demás especialidades del campo de la salud, por lo que desde luego, la función que cumplía Néstor Felipe Muñoz es desarrollada usualmente por la entidad y está dentro de la función principal de la misma, con lo que de contera se acreditaría el **“criterio de la excepcionalidad”** pues las labores desarrolladas por el demandante no eran actividades especializadas o transitorias de la entidad, sino completamente funcionales de la misma.

De igual forma, respecto del **“Criterio de Igualdad”** con los ejemplares de los contratos de trabajo y los contratos de prestación de servicios que fueron aportados por la entidad demandada en septiembre 14 de este año, se pudo evidenciar que las funciones de médicos contratados mediante contrato de trabajo y los médicos vinculados mediante prestación de servicios profesionales, son en esencias las mismas: atender en consulta externa, hacer turnos de urgencias, hacer remisiones, hacer procesos de referencia y contrareferencia. Incluso, unos y otros tenían la calidad de estar prestando el servicio social obligatorio, de ahí que en efecto las labores desarrolladas al no ser diferentes, no legitimaban el uso de una vinculación distinta en cada caso.

Con los contratos de prestación de servicios aportados por el Hospital Sagrado Corazón también se acredita el **“criterio de continuidad”** en la medida de que si bien la vinculación de Néstor Felipe no se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, sino que fue solo uno por menos de un año, para desempeñar las funciones que ya vimos son del giro ordinario del Hospital demandado, el Hospital si acudió de manera consecutiva a este tipo de contrataciones con nuevos médicos que estaban prestando su servicio social obligatorio.

Ello por cuanto al proceso se aportó el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con la médico Yairalis Stepfany Cartaya que se celebró por el mes de diciembre de 2017 y luego de enero a diciembre de 2018, lo que demuestra que la función que ejercían los médicos en servicio social obligatorio mediante contrato de servicios no obedecía a una situación excepcional y transitoria, sino propia del objeto misional de la entidad.

Respecto del “**Criterio de la habitualidad**” que se configura “si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”, llama la atención que la parte actora en sus alegatos comienza por decir que el actor no cumplía horarios, y acto seguido refiere que el actor simplemente tenía un horario de llegada y de salida porque así se fijaron los horarios de prestación de servicios de la entidad, y que si bien había un horario este lo fijaba el demandante y que no podía admitirse que el cumplimiento de horario se enarbole para reclamar la existencia de un contrato de trabajo, pues no hacerlo implicaría de paso el incumplimiento de las obligaciones contractuales lo cual desde luego no es cierto, pues de sobra se sabe que hay muchos contratos de prestación de servicios profesionales que por la misma ausencia de subordinación, las obligaciones contractuales evidentemente se cumplen y en la forma y horario que el contratista a bien tenga, sin que deba cumplir un horario determinado para no incumplir obligaciones contractuales.

Por ello, no es de recibo para el Juzgado que la parte demandada aduzca que el cumplimiento del horario no evidenciaba una subordinación en la relación porque finalmente él demandante se podía fijar sus turnos, pues en primer lugar dicha situación fue probada procesalmente, ya que la parte demandada no allegó ninguna prueba adicional a su simple dicho, que demostrara que los médicos se fijaban su propio turno, y en cualquier caso, la obligación de prestar sus servicios en una hora y lugar determinados implican sin lugar a dudas una sujeción frente al “contratista” que desdibuja una relación meramente contractual.

Ahora, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre las partes intervinientes en un contrato, que implica que el contratista se somete a las condiciones necesarias establecidas por el contratante 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 subordinación¹⁸, así lo dijo en Sala Plena el Consejo de Estado en sentencia 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

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de abril del 2013. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Rad. 05001-23-31-000-2001-04064-01(1917-12)

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”.

En éste caso, debe tenerse en cuenta que la prestación del servicio de salud del demandante obedeció no al desarrollo de la actividad de la medicina profesional como tal, sino que dicho contrato se desarrolló en el marco de una exigencia que la ley impone a los profesionales de la medicina para obtener su registro de médicos y habilitación del ejercicio de dicha profesión.

En ese sentido, el régimen de vinculación de las personas que presten el Servicio Social Obligatorio, que consiste como ya se dijo en el acápite precedente, en la prestación uno de carácter social por medio del cual el Estado pretende mejorar el acceso a los servicios de salud a poblaciones vulnerables a través de personas que han culminado sus estudios superiores en Medicina, se encuentra regulado en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 del Ministerio de la Protección Social por el cual “se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones”, y el cual dispuso:

“ARTÍCULO 15.- VINCULACIÓN Y REMUNERACIÓN. - Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento contrato de trabajo, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar.

En cumplimiento de la Ley 1164 de 2007, en ningún caso los profesionales podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales. Para el caso de las zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como, bonificaciones, primas, pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros.”

Es por ésta razón que tal como en el acápite anterior se precisó, la Corte Constitucional ha considerado que durante el SSO pueden presentarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la ley 50 de 1990, acá ya analizados, sin que ello obste para que el personal de la salud que presta el dicho servicio pueda vincularse bajo cualquier modalidad de contratación como lo indica el artículo acabado de reseñar.

En ese sentido, el hecho de que la misma ley autorice que el servicio social obligatorio pueda ser prestado por aspirantes a médicos vinculados mediante cualquier modalidad de contratación, esto es, contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo, **ello no es óbice para que aun cuando se escoja una modalidad de contrato de prestación de servicios, no obstante la denominación que se le dé al acuerdo de voluntades, se presenten los elementos del contrato de trabajo y las consecuencias jurídicas y prestaciones que ello apareja.**

Por lo tanto, de acuerdo a la Jurisprudencia la configuración del elemento de la subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador, resulta ser el elemento determinante para diferenciar una relación laboral de cualquier otra que comporte la prestación de un servicio, pues es precisamente por este concepto por el cual se faculta al empleador a exigir el cumplimiento de órdenes, la sujeción a un horario de trabajo, el sometimiento a metas, objetivos y directrices, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario.

Bajo esta concepción lo primero que adquiere importancia para el despacho, es la eventual sujeción o dependencia que desde diversos ámbitos se haya o no manifestado durante la relación contractual, de los que pudiera inferirse el rebasamiento de los límites de una prestación por servicios.

Al proceso fue aportado el cuadro de turnos fijado por la Gerente de la ESE Departamental Sagrado Corazón, señora Marilú Hernández Méndez. Así, se anexaron los cuadros de turnos de los meses de **mayo a diciembre de 2016**, y **febrero y diciembre de 2015**.

Al revisar estos dos últimos cuadros de turnos se observa las siglas que aparecen en los demás cuadros de turnos del año 2016 para identificar al aquí demandante, es Dr. N. Felipe, ya que según los cuadros había otro compañero médico llamado Dr. Andrés F.

De la lectura del cuadro de turnos rotulado como **“FEBRERO 2015”** (f.33) se observa que el día 1 de febrero fue un lunes, y ese mes fue bisiesto. Luego, si se

revisa el calendario del año 2015 vemos que el 1 de febrero de 2015 no fue un lunes, sino un domingo, y el mes no fue de 29 días, sino de 28.

Seguidamente, al revisar el calendario del año 2016 se advierte que en efecto el 1 de febrero de 2016 fue un lunes, y el año fue bisiesto. **Así las cosas, ese cuadro rotulado como “FEBRERO 2015” en realidad corresponde a febrero del año 2016, y se trata de un error de digitación de parte del Hospital demandado.**

Lo mismo ocurre con el cuadro de turno que se titula “**DICIEMBRE DE 2015**” (f.34) que en realidad corresponde a ENERO DE 2016, dado que el 1 de diciembre de 2015 fue un martes, y en el cuadro empieza el mes un viernes. Segundo, el 1 de diciembre de 2016 correspondió, tal y como lo muestra este cuadro de turnos, a un día viernes, de ahí que en realidad corresponda a diciembre de 2016 y no, diciembre de 2015.

Por lo tanto, en este caso se contaría con los cuadros de turno de todos los meses del año 2016 a **excepción de marzo y abril de 2016**, por lo que se pasará a mostrar los que se realizaron en enero, febrero, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016

En esos meses realizó turnos en URGENCIAS en las siguientes modalidades: **i) U**, que significa Urgencias 24 horas, **ii) P**, posturno que obedece a estar disponible para remisiones, atención de parto, código rojo y RCP. **iii) N**, turnos de noche, **iv) D**, turnos de día. Y en CONSULTA EXTERNA adelantó turnos de: **i) MT**, es decir, mañana y tarde, y otros días **ii) M**, solo mañana. (Ver folios 33 a 42 Cuaderno 1).

De igual forma, en el cuadro de turnos quedó registro expreso que el horario va de 07:00 a.m. a 12:00 a.m. y de 02:00 p.m. a 05:00 p.m., que comprendería lo que en el cuadro se relaciona como mañana y tarde.

En ese sentido la noche tendría que ser entre las 5:01 p.m. y 06:59 a.m.; que el turno “U” o de urgencias implicaba disponibilidad 24 horas, y que el turno “P” comportaba la disponibilidad para remisiones, atención de parto, código rojo y RCP durante el día siguiente al turno.

Por ejemplo, el actor en el mes de enero de 2016 -que recordemos está rotulado erróneamente como diciembre 2015- laboró en urgencias los días 1 y 3, el día 5 todo el día (07:00 a.m. a 12:00 a.m. y de 02:00 p.m. a 05:00 p.m) el 6 de enero la noche (5:01 p.m. y 06:59 a.m.) y siguió al día siguiente, 7 de enero de 2016 en Posturno, por si se presentaba alguna de las eventualidades que debe atender en virtud de este turno, y así sucesivamente cumpliéndolos de manera concomitantemente en servicio de urgencias y consulta externa, pues según se ve de los cuadros aportados, esos días, 5, 6 y 7 de enero de 2016 laboró por ejemplo

el día 6 mañana y tarde en consulta externa, y la noche la laboró en el servicio de urgencias. (f.34)

En este asunto, no existe mención o prueba en el plenario que indique que el señor Néstor Felipe nunca acató los horarios relacionados en los 10 cuadros de turnos allegados con la demanda, o que no los cumplió, que se ausentó o que los delegó en otra persona. Al contrario, la ESE demandada refiere sobre estos cuadros de turnos que ellos obedecen a “*actividades de coordinación entre contratante y contratista*”, sin embargo, ese cumplimiento de horarios no puede entenderse como un accionar libre, autónomo e independiente del señor Muñoz Hernández pues del mismo aparte pre transcrito se acepta que el horario de atención a los pacientes lo disponía el propio centro hospitalario.

El Juzgado no pasa inadvertido que el Consejo de Estado ha dicho que la relación de coordinación de actividades entre las partes intervinientes en un contrato, implica que el contratista se somete a las condiciones necesarias establecidas por el contratante 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 subordinación¹⁹, pero que acompañada con el supuesto fáctico ineludible de que siendo la ESE Departamental Sagrado Corazón una institución que presta el servicio de salud a la población de Norcasia Caldas, y que por tanto, dicho servicio comporta una actividad misional y permanente de la entidad, tenía la obligación de fijar un horario de atención a los usuarios, lo cual solo puede ser materializado teniendo a su servicio personal como el contratado, pero sujetándolo a un cronograma y horarios.

Siendo la prestación del servicio de salud en todas sus modalidades (medicina, odontología etc), a la población de dicho municipio la razón de ser de la ESE, no es admisible que la planta de personal de la ESE no cuente precisamente con el personal que preste el servicio para el cual existe, y que los que puede contratar, simplemente gocen de total autonomía e independencia para fijarse sus pautas de trabajo. De igual forma, no puede decirse que la prestación de servicio desempeñado por el demandante en 2016 haya sido el resultado de un incremento imprevisto y no antes presentado de la demanda de servicios médicos para que se requiriera una contratación extraordinaria, pues los médicos contratados fueron destinados a cubrir tareas propias y esenciales del objeto misional de la empresa social del estado.

De la lectura de los contratos de trabajo de los médicos: Claudia Marcela Enriquez Urbano, Cristian Camilo Ortíz González, y Daniela María Obregón Rodríguez, allegados por parte demandada mediante correo electrónico del 14 de agosto de 2021, se avizora similitud de funciones con las contraídas por los médicos Yairalis Stepfany Cartaya, Ana María Henao Yepes, Andrés Felipe Murillo Ruíz y el aquí

¹⁹ Ver sentencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena el . sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de la Sección Segunda. Subsección A, del 17 de abril del 2013. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Rad. 05001-23-31-000-2001-04064-01(1917-12)

demandante, cuyas vinculaciones se efectuaron a través de contrato de prestación de servicios profesionales, lo que evidencia que aun cuando unos y otros fueron contratados bajo diferentes modalidades, los primeros mediante contrato laboral, y los segundos mediante vinculación contractual, ambos estaban cumpliendo funciones misionales de la entidad, referidas todas a la prestación del servicio de salud a la población del Municipio de Norcasia Caldas sin que si quiera se entienda la razón de vinculación a la entidad en diferente modalidad.

En el expediente reposa el documento “Certificación plan de cargos Hospital Sagrado Corazón de Norcasia año 2016” (f.110 pdf y 103 C.1) en los cuales se estableció la siguiente planta de cargos:

1. Un (1) Auxiliar Administrativo, del nivel asistencial, e inscrito en carrera. No se definió su perfil profesional.
2. Tres (3) Auxiliares del Área de Salud, todos del nivel asistencial, dos de ellos inscritos en carrera y con perfil profesional de Servicios Farmacéuticos y “Promotor”, mientras que un tercero sería de libre nombramiento y remoción y no se estableció cuál sería su perfil profesional.
3. Un (1) Gerente de la ESE, perteneciente al nivel directivo, y de periodo fijo.
4. Un (1) Técnico Administrativo, cuyo perfil profesional es ser “Profesional Universitario” perteneciente al nivel profesional y de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, la planta de cargos de la ESE Departamental Hospital Sagrado Corazón, del municipio de Norcasia Caldas es una planta global de 7 personas, entre las cuales, ninguna es médico, o al menos, al haber dejado abierta la posibilidad de que el único profesional, pudiera serlo de cualquier carrera porque no indicó profesional en qué área, no permite colegir que el cargo pertenezca a un profesional de la medicina.

Incluso, al proceso fue aportado por la parte demandante un “CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO” celebrado entre la aquí demandada, ESE Departamental Hospital Sagrado Corazón y el médico Cristian Camilo Ortíz González por el término de un mes²⁰ y por valor de \$5.000.0000. También se aportó la resolución No. 019 de 2018 por medio de la cual se liquidaron sus prestaciones sociales correspondientes a: prima de vacaciones, prima de servicios, cesantías, e intereses a las cesantías (ff. 24-27), sin que se entienda por qué razón unas funciones -que son las mismas en esencia-, y que no son otras que atender a la población de la región en temas de medicina por consulta de urgencias o de medicina externa, estén diferenciados con personal que incluso pertenece a un mismo nicho o sector, en este caso, el perteneciente a médicos en ejercicio del

²⁰ No se allegó copia de los contratos de trabajo celebrados en los meses subsiguientes, pero de la resolución que le liquidó prestaciones, se presume que se celebraron más contratos de trabajo.

Servicio Social Obligatorio, ya que el señor Cristian Camilo Ortíz que fue vinculado mediante modalidad de contrato de trabajo también se encontraba cumpliendo el requisito del SSO.

Recuérdese que el elemento de la subordinación se configura cuando **se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro empleado de la entidad**, cuando la misma actividad desplegada, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, **o su permanencia y continuidad** dan lugar a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios, lo cual se sabe se encuentra prohibido ya que en tales casos la entidad **deberá crear los cargos** necesarios en la planta de personal, tal y como lo exige el artículo 2 del decreto 2400 de 1968 modificado por el artículo 1º del decreto 3074 de 1968 que prescribe que: ***Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.***

Sin embargo, en el presente asunto la ESE demandada no cuenta con ningún médico de planta, y lo que hace es llevar a cabo sus tareas misionales a través de médicos que cumplen el Servicio Social Obligatorio, a unos contratándolos mediante la figura del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, como lo hizo con el aquí demandante, y a otros mediante contrato laboral a término fijo, como lo realizó con el señor Cristian Camilo Ortíz González, quien de acuerdo al texto del contrato de trabajo visible a folios 19 del expediente es *“Médico General y en cumplimiento de su servicio social obligatorio (...)*, lo cual da cuenta que el Hospital demandado ejerce unas funciones que son de carácter permanente, como lo es la labor de médico en servicio de urgencias, consulta externa, remisiones, referencia y contra referencia y las demás funciones arriba pre transcritas en el caso particular, que dan cuenta que a diferencia de lo ordenado en el Decreto 2400 de 1968, lo que ha hecho la Institución de Salud demandada para realizar tales labores misionales y absolutamente permanentes de la entidad, haya sido acudir a la figura de contratos de prestación de servicios, encubriendo lo que en realidad comporta nada más que una relación de carácter laboral.

La Jurisprudencia de esta Jurisdicción Contenciosa, ha dicho al respecto que **en la modalidad de servicio social obligatorio no puede predicarse que se preste con independencia o autonomía**, dada la naturaleza de la labor y su permanente prestación por parte del ente de salud:

“De esta manera, se considera que los servicios de odontología en la modalidad de servicio social obligatorio, regulado por la Ley 1164 de 2007 y la Resolución No. 1058 de 2010 expedida por el Ministerio de la Protección Social – hoy Ministerio de Salud¹⁸, **no se puede predicar que se presten con independencia o autonomía, por la naturaleza de la labor y su permanente prestación por parte del ente de salud, aspectos que están directamente ligados al objeto y contenido misional de la Empresa Social del Estado**, que no es otra que la prestación de servicios de salud, encontrándose, por ende, sometida la conducta de la actora a las reglas, órdenes y directrices que se establecen para el cumplimiento del cometido misional de ESE.

Existen eventos concretos, como el presente, en que no se necesitan mayores elementos probatorios para colegir la existencia de la subordinación en contratos de prestación de servicios, **pues basta con entender el objeto contractual y las obligaciones del contratista para deducir tal elemento de la relación laboral**, permitiendo entonces presumir su existencia²¹ por estar ínsita en la misma actividad desplegada. Incluso, las funciones contratadas pueden utilizarse como indicio en la medida que está relacionadas con el giro misional de la entidad.”²¹

En ese orden de ideas, la labor realizada por el demandante pese a haberse ejecutado mediante la forma jurídica de contratos de prestación de servicios, no cumple con la cualidad de ser autónoma e independiente, y ello en razón a la misma naturaleza y funcionamiento de la ESE, al punto que la actividad asistencial contratada es de aquella catalogada como permanente y habitual de la administración a favor de los usuarios que requieran los servicios de urgencias, o consulta externa, de ahí que pueda colegirse que el cumplimiento de la misión institucional, es materializada gracias a que el aquí demandante cumplía sus actividades con sujeción en las órdenes e instrucciones de su contratante.

Refuerza la premisa de la permanencia de las labores en las E.S.E., el hecho de que el cargo MEDICO EN SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO hace parte de la estructura orgánica de los organismos oficiales del sector salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, de conformidad con el artículo 3º del Decreto N° 1335 de 1990 “*Por el cual se expide parcialmente el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud*”, en concomitancia

²¹ Ibidem No. 11

con el Decreto 785 de 2005, según el cual el cargo de médico en servicio social obligatorio se encuentra en el nivel profesional de la planta de las entidades públicas.

Así las cosas, al ejercer el demandante la labor de médico en servicio social obligatorio, sin independencia y autonomía, en razón, se insiste, a su naturaleza y a la misión ordinaria de la E.S.E., en igualdad de condiciones de quienes se encuentran vinculados legal y reglamentariamente a la misma en virtud de las normas señaladas en antecedencia, se asume que estaba condicionado a horarios y funciones.

En ese sentido, considera el Juzgado que probada la prestación personal del servicio cumpliendo labores de médico en servicio social obligatorio, la sola ejecución de las mismas, implícitamente lleva inserta la dependencia del demandante respecto del ente hospitalario, tanto en el cumplimiento de directrices y políticas de atención a los usuarios que requieran los servicios de salud oral, como en el acatamiento de horarios y/o turnos que impongan los jefes inmediatos, los cuales son de obligatorio cumplimiento dado que dicho componente hace parte para la debida y oportuna atención integral que permanentemente presta la institución médica, sin que se predique que se tratan de labores especializadas que ameriten su prestación en casos especiales y ocasionales, por el contrario, versa sobre una actividad común que rutinariamente debe prestar el centro hospitalario.

Las obligaciones contenidas en las cláusulas quinta y decimo sexta del contrato, dan buena cuenta de unas reglas que más que permitir deducir una actividad de coordinación o de autonomía para el ejercicio de las tareas contratadas, en tanto expresamente advierte una sujeción de quien ejercía las actividades de interventoría en nombre de la ESE. Con tal "Supervisión" se pretende esconder el verdadero accionar de un superior que controla, vigila y verifica la prestación del servicio, el cumplimiento de los horarios y la realización de tareas asignadas, así como la permanencia del actor en los servicios y lugares que se disponían por la entidad.

Por lo tanto, el hecho que el demandante cumpliera horarios estrictos de trabajo, esto es, que no era de su resorte y mera liberalidad cumplirlos en horarios flexibles y determinados a su arbitrio, y tampoco concertados, indican de manera irrefutable que la relación que había entre la ESE Departamental Hospital Sagrado Corazón de Norcasia Caldas y Néstor Felipe Muñoz Hernández era de subordinación, por ende, enteramente de carácter laboral y no contractual de prestación de servicios como se le denominó por la entidad empleadora.

Todo lo expuesto conlleva a que en aplicación de los postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los

beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, como aspectos de protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución en sus artículos 25 y 53, se declare la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes de este proceso.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo acusado y, se ordenará en favor del demandante, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas en las pretensiones de la demanda, que son las mismas que se prueban con el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes.

De igual forma se tendrá por sueldo básico el monto de \$3.570.00, valor promedio mensual en retribución al servicio prestado resultante de los valores totales presupuestados en cada contrato celebrado entre las partes, por la duración o tiempo de servicio señalado anteriormente.

5.7. Del Restablecimiento Del Derecho Procedente

La parte actora pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo que negó “la existencia de dicha relación laboral y desconoce el pago de beneficios laborales que le asisten a mi poderdante” y que “como restablecimiento del derecho, se declare que existió una relación laboral entre el hospital “Sagrado Corazón” ESE de Norcasia y Néstor Felipe Muñoz; relación que aparentemente era de carácter civil o de un contrato estatal, para que se le reconozca y pague a mi mandante lo correspondiente a los derechos y beneficios laborales que la ley colombiana ordena para este tipo de vínculos, así:

TIEMPO DE SERVICIO LABORADO: Del 15 de diciembre de 2015 al 15 de diciembre de 2016.

TOTAL TIEMPO LABORADO: 360 DÍAS

SALARIO BASE: \$3.570.000

CESANTÍAS: $\frac{3.570.000 \times 360}{360}$: \$3.570.000

360

INTERESES A LAS CESANTÍAS: $\frac{3.570.000 \times 360}{360} \times 0.12$

=\$428.400

360

PRIMA DE SERVICIO: : $\frac{3.570.000 \times 360}{360}$: \$3.570.000

360

VACACIONES: $\frac{3.570.000 \times 360}{720}$: \$1.785.000

720

(...)

TOTAL: \$9.353.000

-Que al reconocérsele a mi mandante que existió un vínculo laboral entre las partes y no uno de prestación de servicios, se ordene a la demandada a que pague todos y cada uno de los conceptos antedichos (...)”

Sobre esta petición concreta de prestaciones sociales, el juzgado advierte que en reciente sentencia del 3 de septiembre de 2020, - segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas- se modificó la forma como este despacho accedió a las pretensiones de una demanda de ribetes similares a la que ahora se decide, y justamente en la que se trató de la declaratoria del contrato realidad, se dijo:

“Lo pertinente entonces, es ordenar que la entidad cancele a la señora Luz Marina Vergara Raigoza todas las prestaciones sociales y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, y por ella la sentencia de primera instancia será modificada”.²²

En tal sentido, entonces, se ordenará que la ESE HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE NORCASIA CALDAS cancele al señor NÉSTOR FELIPE MUÑOZ HERNÁNDEZ todas las prestaciones sociales y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios a que se refiere este proceso, salvo aquellas afectadas por el fenómeno prescriptivo.

5.7 Las demás pretensiones de restablecimiento del derecho de la demanda

La parte demandante solicitó, además del pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho el demandante, el pago y reconocimiento de los siguientes conceptos:

-Que se reconozca y pague lo referente a la denominada SANCIÓN MORATORIA, tomando como base la variación de índice de precios al consumidor (I.P.C) desde la fecha en que debió surtirse el reconocimiento, hasta el momento de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

-Que se reconozca y pague a mi mandante la cuota parte que corresponde al empleador por concepto de aportes al sistema integral

22 Proceso Radicado 17-001-33-33-001-2014-00572-02 nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia 156 Segunda Instancia. M.P. Carlos Manuel Zapata J.

de seguridad social, dado que él asumió el 100% de los aportes como trabajador independiente.

-Que se realice la respectiva indexación a los valores reconocidos en la sentencia.

5.7.1. Sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías

Como se ve de la transcripción acabada de reseñar, la pretensión referente a “*Que se reconozca y pague lo referente a la denominada SANCIÓN MORATORIA, tomando como base la variación de índice de precios al consumidor (I.P.C) desde la fecha en que debió surtirse el reconocimiento, hasta el momento de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso*” no ha de prosperar teniendo en cuenta que es apenas con esta sentencia judicial que se logrará la declaración del contrato realidad y, por ende, la constitución de los derechos prestacionales derivados de una verdadera relación laboral con todos los efectos que este conlleva, tales como las propias cesantías inherentes, las que antes de esta providencia no existían, por lo que no puede considerarse estar en mora del pago de un concepto que solo hasta este momento se ha establecido en cabeza de la demandante.

La presente providencia es constitutiva de los derechos prestacionales y laborales reclamados, y por ello mismo no existe mora alguna en el pago de las mismas, lo que ocurrirá una vez este fallo quede ejecutoriado, momento a partir del cual se causarán los intereses y demás sanciones que la ley prevea por el no pago oportuno de las prestaciones sociales que nacen de la existencia de un contrato de trabajo.

En ese sentido, el Consejo de Estado precisó:

“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría

configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.”²³

Bajo tales consideraciones, la pretensión de pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías se negará por improcedente.

5.7.2. Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en Pensiones

La parte demandante solicita como pretensión decima que se condena a la demandada a “**Que se reconozca y pague a mi mandante la cuota parte que corresponde al empleador por concepto de aportes al sistema integral de seguridad social, dado que él asumió el 100% de los aportes como trabajador independiente**”

De la lectura de la pretensión, se colige que la misma va encaminada a dos fines: el primero, a que se pague al actor directamente el monto que le hubiera correspondido cancelar al Hospital Sagrado Corazón al fondo respectivo, en su calidad de empleador. Dos, que los dineros que pretenden por este rubro se le cancelen a él directamente, sean por concepto de salud y pensiones, pues se refiere a los aportes efectuados por el señor Muñoz al Sistema *Integral* de Seguridad Social sin hacer distinción.

Sin embargo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado desde vieja data ha indicado que no procede la devolución de dineros correspondientes a los aportes efectuados, sino su pago directamente al fondo o administradora de pensiones en proporción a la cuota que le hubiera correspondido al empleador, tomando como base de liquidación, el valor de los honorarios que estaban pactados en el contrato.

En segundo lugar, la cotización por parte del empleador procede únicamente por concepto de pensión, ya que los aportes destinados a este rubro tienen incidencia directa en el posterior disfrute del derecho, habida cuenta que “*podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto de la pensión*” mientras que los aportes a salud en la cuantía en que se hayan efectuado, no tiene posterior repercusión en el disfrute del derecho a la seguridad social del cotizante, y los aportes que se hicieron sobre ese rubro, constituyen un beneficio para el propio afiliado:

“Según lo dispuesto en la sentencia SUJ2 respecto de los porcentajes de cotización del empleado señaló:

Resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Radicado: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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 razón a lo expuesto, no procede la orden impartida por el tribunal respecto de la devolución de los porcentajes cotizados por el actor, como quiera que en aras de garantizar su derecho pensional, lo procedente es:

i) que la entidad demandada determine si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; y ii) que el demandante acredite las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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.”²⁴

Con la demanda se anexaron los soportes de pago de la Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes en los que el actor canceló el valor de los aportes a salud y pensión, durante los meses de enero a diciembre de 2016 (ff. 118-130). En ellos se observa los siguientes datos:

-El IBC reportado por el demandante, como trabajador independiente fue de \$1.400.000, en concordancia con lo dispuesto en la cláusula vigésima primera del contrato de prestación de servicios, en la que se estipuló que el ingreso base de liquidación para todos los efectos sería de \$1.428.000

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 8 de marzo de 2018. Rad: 25000234200020130411701 (2813-16) M.P RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

-Todos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones fueron por la suma de \$224.000, equivalentes al 16% de \$1.400.000, a excepción del mes de marzo de 2016, que se canceló únicamente la suma de \$14.599.

-En este caso, durante los meses de enero a diciembre de 2016, a excepción de marzo del mismo año, la ESE Departamental Sagrado Corazón deberá cancelar a la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir la suma mensual de \$347.200, que es la cantidad faltante para completar el aporte total a pensión que sería sobre un ingreso de \$3.570.000, la suma de \$571.200.

Así, tenemos que:

-La cotización total a pensión debe hacerse por el 16% del IBC.

-El demandante canceló mes a mes \$224.000, porque ese es el 16% del IBC que él reportó como trabajador independiente, esto es, la suma de \$1.400.000.

-La cotización al sistema de seguridad social en salud debió obedecer al 16% pero de \$3.570.000 que fue el monto de los honorarios mensuales pactados por las partes, de ahí que debía ser en cuantía mensual de \$571.200

- Al empleador le corresponde asumir el 12% de la totalidad del 16%.

-Entonces, el aporte al Sistema de Seguridad Social en Pensiones debió ser del orden de \$571.200 mensuales, de los cuales, \$428.400 debían ser asumidos por el empleador.

-Teniendo en cuenta que en el caso concreto el señor Néstor Felipe pagó de manera mensual la suma de \$224.000 por aporte a mensual, si la cotización total por aporte a pensión debía obedecer a \$571.200 mensuales teniendo en cuenta el verdadero IBC, se tiene que restando al aporte que debió cancelarse (\$571.200) lo que el actor pagó mes a mes, nos arroja una diferencia mensual de \$347.200 a cargo de la ESE demandada, durante 11 meses.

Esto, porque durante el mes de marzo de 2016 la cotización que pagó el actor fue únicamente por valor de \$14.599 (f.120), de ahí que el aporte que deba ser asumido en este mes de marzo por parte del empleador es del orden de \$556.601, que si bien es superior al 12% de lo que le correspondía como aporte mensual tomando en cuenta el IBC real (\$3.570.00.), lo cierto es que el actor durante los once meses restantes pagó más de lo que le correspondía (el 4% de \$3.570.000 son \$142.800 y pagó cada mes \$224.000) y si bien no es procedente la devolución de los aportes pagados en exceso como ya se referenció en las consideraciones que anteceden, si es procedente que la entidad asuma para el referido mes de marzo de 2016 un

pago mayor al que le correspondía, ya que para los demás meses, deberá aportar también menos del 12% que le corresponde legalmente:

MES	IBC SALUD REPORTADO DURANTE EJECUCIÓN DEL CONTRATO	VALOR CANCELADO POR EL DEMANDANTE	IBC REAL	APORTE TOTAL QUE SE DEBIÓ HACER A PENSIÓN	VALOR A CARGO DEL EMPLEADOR (12% DEL 16%)	VALOR FALTANTE PARA COMPLETAR LA COTIZACIÓN CORRECTA
ENERO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
FEBRERO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
MARZO	No hay datos	\$ 14.599	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 556.601
ABRIL	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
MAYO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
JUNIO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
JULIO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
AGOSTO	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
SEPTIEMBRE	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
OCTUBRE	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
NOVIEMBRE	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
DICIEMBRE	\$ 1.400.000	\$ 224.000	\$ 3.570.000	\$ 571.200	\$ 428.400	\$ 347.200
						\$ 4.375.801

Por lo anterior, se ordenará al Hospital demandado a consignar en el Fondo pensional del actor, a su cuenta, la suma de **\$4.375.801**, a título de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones causados durante la relación laboral, y no pagados por la ESE Departamental Sagrado Corazón al demandante.

5.8. Actualización de las sumas a cancelar

Adviértase de una vez que las sumas liquidadas, con respecto a este anterior concepto y todas las prestaciones que deberá cancelar la demandada Dirección Territorial de Salud de Caldas, deberán ser ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula, para efectos de la indexación:

$$VP = VH \text{ Ind. F.}$$

$$\text{Ind. I.}$$

Donde VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

5.9. La prescripción

Aunque está decantada la jurisprudencia sobre los aspectos que se afectan por el fenómeno prescriptivo en el contrato realidad, en el presente caso es claro que el mismo no se presenta, ya que la relación estuvo vigente desde enero 1 de 2016 hasta diciembre 15 de 2016, y la demanda se radicó el 23 de mayo de 2018, cuando no habían pasado siquiera dos años de terminado el vínculo entre las partes.

La misma situación se predica de los aportes a Seguridad Social en Pensiones, que se pagaron con base en el IPC reportado por el demandante durante los mismos lapsos antedichos, pero además ha explicado la jurisprudencia del Consejo de Estado que estas cotizaciones a seguridad social en pensiones no prescriben, aspecto que este funcionario comparte. De ahí que en este caso tampoco haya operado la prescripción trienal de los aportes, y por ellos estos deberán consignarse por parte del hospital al fondo de pensiones al que está afiliado el actor, en la cuantía liquidada en el apartado 5.7.2 de esta providencia.

6. Sobre las excepciones

De conformidad con el análisis que se desarrolló a lo largo de esta sentencia, se declarará imprósperas la excepción de mérito que quedó concretada en la fijación del litigio denominada: INEXISTENCIA DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA RELACIÓN LABORAL, de que la cual se descartan con todos los análisis los argumentos en que se fundaron las propuestas por el ente accionado.

6.1. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la entidad demandada., teniéndose en cuenta que el demandante hubo de recurrir a los servicios profesionales de un abogado que realizara las gestiones pre procesales y procesales necesarias para presentar demanda, soportar excepciones, acudir a audiencias de pruebas, alegar de conclusión, actividades sin las cuales no hubiera obtenido el resultado favorable a sus pedimentos.

Por agencias en derecho se condena a la entidad demandada a pagar en favor del demandante la suma de quinientos sesenta y un mil quinientos ochenta pesos (\$561.580), correspondiente al 6% de las pretensiones solicitadas en la demanda, de conformidad con lo consagrado en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR imprósperas las excepciones de mérito propuestas por la ESE Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas, denominadas: *“Excepción de presunción legal del contrato”, “Excepción de perfeccionamiento de contratos estatales”, “Excepción horario de trabajo no implica subordinación, ni contrato de trabajo”, “Excepción- La prestación de servicios fue de manera independiente y autónoma”, y “Excepción de falta de existencia del cargo”,* de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD del del acto administrativo contenido en el Oficio No. DP del 11 de diciembre de 2017, proferido por la ESE Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas, que negó la declaratoria de existencia del contrato realidad celebrado entre el demandante **Néstor Felipe Muñoz Hernández** y la **ESE Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas**, y el consecuente reconocimiento de derechos laborales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se CONDENA a la **ESE Departamental Sagrado Corazón de Norcasia Caldas**, a pagar al demandante, señor **Néstor Felipe Muñoz Hernández**, todas las prestaciones sociales y factores salariales a los que un empleado de igual categoría tendría derecho, tomando como base el valor de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios a que se refiere este proceso, así como los aportes a pensión en cuantía de \$ 4.371.805, los cuales fueron de una vez liquidados teniendo en cuenta las planillas que reposan en el expediente y el valor de los honorarios pactados.

Parágrafo: El valor de los aportes a pensión se cancelará por parte de la demandada al Fondo de Pensiones Porvenir, que era la Administradora de Pensiones al que se encontraba afiliado el demandado al momento de su vinculación contractual. Dicho pago se realizará en la forma indicada en esta providencia.

CUARTO: Negar el reconocimiento y pago de la **sanción moratoria**, y de **trabajo complementario**, de acuerdo a las consideraciones expuestas en esta providencia.

QUINTO: Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la entidad demandada y a favor del demandante.

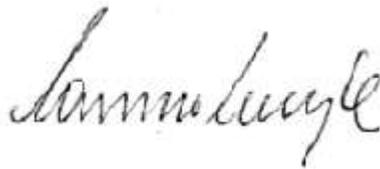
Por agencias en derecho se condena a la entidad demandada a pagar en favor del demandante la suma de **quinientos sesenta y un mil quinientos ochenta pesos (\$561.580)**, correspondiente al 6% de las pretensiones solicitadas en la demanda, de conformidad con lo consagrado en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

SEXO: Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia que soliciten las partes procesales de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

SÉPTIMO: Notificar de conformidad con el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.

OCTAVO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI. De existir saldo en la cuenta de gastos, devuélvanse los dineros respectivos, luego de efectuar su liquidación por Secretaría.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



CARLOS MARIO ARANGO HOYOS
Juez

Firmado Por:

Carlos Mario Arango Hoyos
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

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

Código de verificación:

35c2d1ea5c0f89840f27f61c4be29e7ec8f66666aa3e0f2e649a9a43a044143

Documento generado en 06/10/2021 10:05:07 AM

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