



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2015-00266-01
DEMANDANTE: KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ
DEMANDADA: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte accionada, contra la sentencia adiada 16 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹

KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producido por el silencio administrativo de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, frente a la petición que radicó el día 20 de diciembre de 2013, tendiente al reconocimiento y pago de sendas acreencias laborales.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare, que entre la entidad accionada y el demandante existió una relación laboral.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Asimismo insta, el reconocimiento y pago de intereses moratorios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y salario correspondiente del mes de diciembre de 2013.

1.2.- Hechos²:

El señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ se desempeñó como médico general en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS – SUCRE, desde el 1º de agosto de 2012, hasta el 1º de agosto de 2013. Su vinculación se llevó a cabo a través de acta de posesión (sic).

Su jornada laboral excedía las ocho (8) horas días, realizando turnos de 07:00 a.m. a 07:00 p.m. y cinco turnos mensuales de 07:00 p.m. a 03:00 p.m. del día siguiente.

El salario mensual devengado a la terminación de la vinculación, fue de DOS MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS \$2.618.580.00.

Durante la relación laboral, el demandante, cumplió con todas las órdenes impartidas por el Gerente de la entidad y el jefe de Talento Humano, devengando el salario mensual, sin reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos que hubiere adquirido como profesional de la salud.

Mediante escrito de 20 de diciembre de 2013, el señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones a las que afirma tener derecho. Tal pedimento nunca fue contestado, configurándose el acto ficto objeto de nulidad.

² Folios 3- 4 del cuaderno de primera instancia.

1.3. Contestación de la demanda³.

La E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, a través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Sostuvo, que no se probó la respectiva solemnidad que se exige para los contratos estatales, es decir, su celebración elevada por escrito.

Puntualizó, que no se puede pretender el reconocimiento de salarios de servicios que no se han prestado, como es el del mes de diciembre de 2013.

Propuso la excepción de inexistencia de relación contractual.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 16 junio de 2017, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. Para el efecto, encontró acreditada la prestación del servicio del actor, como médico en servicio social obligatorio en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, junto con los demás elementos propios de una relación laboral.

Sostuvo, que dentro del proceso al evidenciarse el no pago de acreencias y prestaciones sociales, se quebrantaron disposiciones de orden constitucional y legal que consagran el respeto de los derechos laborales, para la vinculación de médicos en el servicio social obligatorio.

1.5.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, argumentando, que no se acreditó una verdadera la relación entre el señor KEVIN JOHANN TRUJILLO

³ Folios 52 - 59 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 103 - 114 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 119 - 125 del cuaderno de primero instancia.

FERNÁNDEZ, con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, toda vez, que no se probó ningún tipo de nombramiento, ni contrato de prestación de servicios.

Señaló, que de conformidad con la Ley 80 de 1993 y la Resolución N° 1058 de 2010 expedida por el Ministerio de Protección Social (reglamentación del servicio social obligatorio para egresados en área de la salud), la relación laboral invocada por el accionante resulta inexistente.

Recalcó, que jurisprudencialmente se ha aceptado que la suscripción de contratos de prestación de servicios es válida, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad o cuando para tal efecto, se requiera de conocimientos especializados.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 25 de septiembre de 2017⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.
- En providencia de 31 de octubre de 2017⁷, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos; solo la entidad accionada acudió al llamado⁸, reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en las etapas previas.
- El señor Agente de Ministerio Público no emitió concepto en esta ocasión.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente para conocer en **segunda instancia**

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 12 – 18, cuaderno de segunda instancia.

de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

De conformidad con los extremos de la *litis* planteados, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es determinar: ¿Hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral –médico en servicio social obligatorio-, entre el señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS –SUCRE, con el consecuente restablecimiento del derecho?

Es pertinente destacar, que el control ejercido por el juez de segunda instancia, se circunscribirá, estrictamente, frente a los puntos de disconformidad planteados por el recurrente, en el escrito del recurso de apelación, los cuales fueron citados en precedencia, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso⁹, aplicado en virtud de la remisión prevista en el artículo 306 del CPACA, siendo coherentes con el principio de la "*no reformatio in pejus*" y en tratándose de apelante único.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – primacía de la realidad, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de nuestra organización política y social.

⁹ Artículo 320: "*Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*".

Bajo este paradigma, el constituyente estableció una serie de catálogos, que buscaron definir cuáles bienes jurídicos son de especial protección, con miras a dar preeminencia a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada, a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹⁰, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, destaca aspectos sobresalientes entorno a la principalística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros la prestación de ciertos servicios, donde se destaca:

“En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la

¹⁰ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indicó *“Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”*.

jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “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”;

(iii) al criterio temporal o de 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”;

(iv) al criterio de 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”;

y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”¹¹

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.**

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual en las relaciones laborales con el Estado”, ha conducido a “la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas”, y ha dado lugar a las denominadas “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan

¹¹ Ibídem (sic).

durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing.”

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “..., **todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo**”.

(...)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica “**desdibuja el concepto de contrato**” y “**porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores**” “**pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.**”¹²(Negrilla del texto)

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales, estudiar la casuística respectiva, para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹³, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca la protección de las garantías laborales y el respeto por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, resaltando la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto en sentencia del 24 de junio de 2015¹⁴, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar.

*Igualmente, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, **en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, rectificándose de esta manera la prolongada tesis que acogía la figura indemnizatoria como***

¹³ Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

resarcimiento de los derechos laborales conculcados."

2.3.2 Régimen laboral de los médicos en servicio social obligatorio.

Principio de Igualdad.

La Ley 50 de 1981, creó el servicio social obligatorio, el cual debe ser prestado en el todo el territorio nacional, por todo aquél que tenga formación tecnológica o universitaria, por el término de hasta un año y se prestará, con posterioridad a la obtención del título, convirtiéndose en requisito, para obtener la autorización de dicho título, para vincularse a cualquier órgano del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional¹⁵.

El régimen prestacional de estos servidores, se encontraba señalado en el artículo 6° de la ley en comento, rezando que *"Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten 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."*

El Decreto No. 2396 de 28 de agosto de 1991, estableció la obligatoriedad de este servicio social obligatorio para quienes hayan obtenido el título profesional de medicina, entre otros, imponiendo una duración de un (1) año, con dedicación de tiempo completo, prestado en entidades oficiales o entidades de salud del sector privado sin ánimo de lucro. Asimismo, las personas que se desempeñen en los cargos de Servicio Social Obligatorio, están autorizadas para el ejercicio de la profesión u oficio, solamente para los fines y por el término del Servicio Social Obligatorio. Por último, los que cumplan con el servicio en comento, quedarán sujetos a las disposiciones que en materia de personal, rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

¹⁵ Artículos 1 y 2 ibídem.

Siguiendo con las normativas que regulan este tipo de profesionales de la salud, se tiene que el Ministerio del Trabajo, mediante Resolución No. 795 de 1995, dispuso los criterios técnicos y administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio. Al respecto, señala:

“Artículo 1º. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio (...)

*7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y **en ningún caso la remuneración será inferior a los cargos en 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. (...)***

*Artículo 10. Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas **deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.** (...)*

Artículo 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.”.

Posteriormente, se expidió la Ley 1164 de 2007 “Disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”, la cual estableció:

*“Artículo 33. 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.

Parágrafo 5°. 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. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud."

Con ocasión de dicha ley, el Ministerio de la Protección Social emitió la Resolución N° 1058 de 23 de marzo de 2010 "Por medio de la 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". Como disposiciones relevantes para el presente caso, se tienen:

"Artículo 3º. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones:

Servicio Social Obligatorio: Es el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual los egresados de los programas de educación superior del área de la salud contribuyen a la solución de los problemas de salud desde el campo de su competencia profesional, como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio, en los términos que definan las normas vigentes.

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 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.**

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.

Artículo 16. Autorización del ejercicio. Una vez cumplido el Servicio Social Obligatorio, el profesional deberá presentar la certificación expedida por la institución donde prestó el servicio ante la entidad competente, para efectos de la autorización del ejercicio de la profesión."

Más tarde, se profirió la Resolución 4968 de 2017 "Por medio de la cual se modifica la Resolución número 1058 de 2010, en relación con las causales de exoneración y opciones de cumplimiento del Servicio Social Obligatorio", normatividad que no resulta aplicable a la situación del

actor, como quiera que fue expedida posteriormente al acaecimiento de los hechos planteados en la demanda.

Para el Honorable Consejo de Estado, *“el Servicio Social Obligatorio es una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, no una forma especial o flexible de vinculación a la administración pública. En este sentido, tal como lo establecieron claramente las normas transcritas, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal vinculado a la entidad”*¹⁶.

Lo expuesto da pie para inferir que los profesionales de la medicina, deben prestar un servicio social obligatorio una vez obtengan su titulación, el cual es necesario para que en la posterioridad, puedan ejercer dicha profesión en todos los niveles, estamentos y órganos del territorio nacional. Asimismo, tienen iguales derechos salariales y prestacionales, de quienes se encuentren vinculados en la planta de personal, de la entidad donde están prestando el servicio, de manera que, dicha igualdad se predica en cuanto a los derechos laborales que le asisten, en virtud de su vinculación y trabajo prestado y no en relación al quantum dinerario de los conceptos salariales y prestacionales que se causen, ya que ello depende a la escala salarial y ocupacional que se tenga previsto en la entidad, dependiendo de las funciones y atribuciones asignadas a los profesionales de la medicina.

Por ello, si bien existe paridad en el régimen salarial y prestacional, de quienes prestan el servicio social obligatorio, frente a quienes se encuentran en la planta de personal del centro asistencial, referido a que reciben la misma tipología de prestaciones sociales, resulta errado afirmar, que también se encuentra en igualdad, en cuanto a los montos a recibir, toda vez que las funciones concretas y especializadas, inciden en las erogaciones percibidas como contraprestación a esos servicios,

¹⁶ Sentencia de 16 de abril de 2009, radicado 08001-23-31-000-2002-01739-01(0694-07), Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARCILA.

circunstancia que se produce, precisamente, de la diferenciación de competencias y funciones.

Para mejor ilustración del por qué es factible predicar un trato disímil, del personal que ocupa cargos en una entidad oficial, es necesario realizar las siguientes precisiones.

El empleo público, como fundamento básico de la estructura de la función Pública, es entendido como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades, que se asignan a una persona y las competencias requeridas, para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado¹⁷.

En este mismo sentido, dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo, para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal¹⁸.

Respecto de los elementos del empleo público, la Corte Constitucional, en Sentencia C-1174 de 2005, se pronunció de la siguiente manera:

“Dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal.

La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular,

¹⁷ Artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-793 del 24 de septiembre de 2002.

de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.

La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.

El artículo 122 de la Carta prescribe que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y el 123 ibídem señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esto significa que cada empleo debe tener unas actividades claramente asignadas para ser desempeñadas por su titular conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Del artículo 125 C.P. también resulta que el empleo debe contener los requisitos mínimos que debe cumplir la persona con quien vaya a proveerse, es decir, las condiciones que debe reunir, tales como experiencia y educación. En ciertos eventos es directamente la Constitución la que señala los requisitos para determinados cargos, como ocurre con los de magistrados de las Cortes y del Consejo de Estado (art. 232) o de senador de la República (art. 172), y en otras oportunidades remite al legislador la fijación de los requisitos, como ocurre, por ejemplo, con los gobernadores (art. 303). Lo pretendido con la fijación de los requisitos para los empleos es garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado.

Todo empleo público otorga autoridad a quien lo desempeña, que en realidad es una consecuencia del vínculo entre empleado y empleo. El artículo 122 C.P. señala que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y que se encuentren previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues todo empleo ha de tener asignada la remuneración que perciba su titular, es decir, la retribución por la prestación personal del servicio".

De esta manera, se tiene que los empleos públicos, en donde se pueden ubicar, sin ninguna dificultad, los servidores y profesionales de la medicina

vinculados legal y reglamentariamente en centros hospitalarios, incluyendo a los profesionales del servicio social obligatorio, poseen niveles en que se clasifican los diferentes empleos, con una nomenclatura específica, que los identifica y distingue de otros, equivalente a las distintas denominaciones de empleos y en cada nivel, se establecen grados y para cada grado, una asignación básica.

Por lo tanto, la asignación mensual correspondiente a cada empleo, está determinada por sus **funciones y responsabilidades**, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia, requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecido en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Con fundamento en ello, es de predicar, que entre empleos de diferente denominación o código, no es meritorio establecer una misma asignación salarial, por cuanto las competencias y requisitos exigidos para desempeñar cada uno, será según el manual de funciones, con que cuente la entidad, específicos.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, cuando dijo¹⁹:

“Una de las formas de especial protección al trabajo por parte del Estado consiste en el respeto por la dignidad y la justicia en la relación laboral y, en estrecha relación, en la obligación de garantizar una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo²⁰. Así, como expresamente lo señala la Constitución (art.53), toda remuneración debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, que se traduce en el postulado según el cual “a trabajo igual, salario igual”, también reconocido por la jurisprudencia constitucional²¹. En estas condiciones, “el patrono no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados, preferir o discriminar a algunos de ellos, hallándose todos en igualdad de condiciones”²². Sin embargo, es preciso advertir que la igualdad predicada obedece a criterios objetivos y no meramente formales, aceptando entonces homogeneidad entre los iguales, pero admitiendo también diferenciación ante

¹⁹ Sentencia T - 067 de 2001. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-1156 de 2000 MP. Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Sentencia T-081 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

²² Sentencia Su 519 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

situaciones desiguales: "Se supera así el concepto de igualdad a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos"²³. Para que una diferenciación sea admisible en términos constitucionales, será requisito sine qua non que obedezca a criterios objetivos y razonables que la fundamenten²⁴.

7- Respecto del tema específico de la igualdad en materia salarial, ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores. Esto ocurre cuando se reúnen los siguientes presupuestos fácticos: i) ejecutan la misma labor, ii) tienen la misma categoría, iii) cuentan con la misma preparación, iv) coinciden en el horario y, finalmente, cuando (v) las responsabilidades son iguales²⁵". (Negrilla fuera de texto)

2.3.3.- Caso concreto.

Dentro del *sub lite*, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio:

- Acta de posesión suscrita entre el señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ y el Jefe de Talento Humano de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, en la que se lee:

"En la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Ovejas, oficina de la Gerente, Vilma Pastor Nieves, Enferma Profesional el primer día (1) del mes de Agosto del año dos mil doce (2012), se presentó el Doctor KEVIN JOHAN TRUJILLO FERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía número 1.051.817.865 expedida en San Juan Nepomuceno Bolívar, Profesional en Medicina, título otorgado por la Universidad Nacional de la ciudad de Bogotá, el día 27 de julio de 2012 Según Acta de Grado N° 1952, con el fin de tomar posesión en el cargo de MEDICO DEL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO (S.S.O) en la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Ovejas, para lo cual fue nombrada por el Gerente en propiedad de la institución mediante Resolución N° 077 de julio 26 de 2007."²⁶

- Certificado expedido por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1992 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ En el mismo sentido, puede consultarse la Sentencia T-601 de 1999 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁵ Sentencia SU-519 de 1997.

²⁶ Folio 18 del cuaderno de primera instancia.

OVEJAS, el día 2 de agosto de 2013, en el que manifiesta que “el Doctor KEVIN TRUJILLO FERNÁNDEZ laboró en esta entidad como MÉDICO GENERAL SSO, desde el 1º de Agosto de 2012 al 1º de Agosto de 2013”.²⁷

- Memorial de fecha 27 de diciembre de 2012, por medio del cual, el Jefe de Talento Humano de la entidad demandada, le informa al accionante que “el turno del día 31 de diciembre del presente año que es de su responsabilidad como medio S.S.O es de 7:00 AM a 3:00 PM del día 1º de Enero del año 2013.”²⁸

- Acuerdo de cambio de turno de fecha 3 de agosto de 2012, suscrito por el accionante, la Jefe de Talento Humano y la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS.²⁹

- Relación de turnos de medicina y bacteriología de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, de algunos meses de los años 2012 y 2013, donde aparece registrado el primer apellido (Trujillo) del actor.³⁰

Conforme al marco jurídico atrás descrito y según las pruebas relacionadas, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente por los motivos que pasan a exponer.

a. La vinculación del actor con la entidad accionada como MÉDICO GENERAL DE SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO (SSO), sí fue acreditada dentro de los proceso, así se desprende del acta de posesión de fecha 1º de agosto de 2012 y del certificado de fecha 2 de agosto de 2013.

Aunado a ello, en la contestación de la demanda se lee, “*si bien es cierto el señor Kevin Trujillo le cancelaban una contraprestación fruto de las actividades que desarrolló en la ESE Centro de Salud de Ovejas, esta no puede ser fruto de un contrato de trabajo como lo pretende hacer valer el*

²⁷ Folio 19 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folio 21 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folios 22 – 31 del cuaderno de primera instancia.

accionante...".

Aun cuando no existen dentro del acervo probatorio, los documentos conducentes para acreditar el acto de nombramiento o la celebración de contratos de prestación de servicios, ello no puede ser obstáculo para descartar de tajo en el **sub examine**, en clave constitucional, la realidad (indiciaria) que muestran las piezas documentales antes relacionadas, esto es, el ejercicio del empleo MÉDICO GENERAL DE SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO (SSO), por parte del señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ.

b. El Decreto 785 de 2005 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004", específicamente dentro de la clasificación de los empleos del área profesional de las entidades territoriales, establece los del Servicio Social Obligatorio:

"Artículo 18. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Código Denominación del empleo

215	Almacenista General
202	Comisario de Familia
203	Comandante de Bomberos
204	Copiloto de Aviación
227	Corregidor
260	Director de Cárcel
265	Director de Banda
270	Director de Orquesta
235	Director de Centro de Institución Universitaria
236	Director de Centro de Escuela Tecnológica
243	Enfermero
244	Enfermero Especialista

232	Director de Centro de Institución Técnica Profesional
233	Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría
234	Inspector de Policía Urbano 2ª Categoría
206	Líder de Programa
208	Líder de Proyecto
209	Maestro en Artes
211	Médico General
213	Médico Especialista
231	Músico de Banda
221	Músico de Orquesta
214	Odontólogo
216	Odontólogo Especialista
275	Piloto de Aviación
222	Profesional Especializado
242	Profesional Especializado Área Salud
219	Profesional Universitario
237	Profesional Universitario Área Salud
217	Profesional Servicio Social Obligatorio
201	Tesorero General"

"Artículo 21: Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:

(...)

Nivel Profesional

Nivel Profesional

(...)

305

217

**Médico Servicio Social Obligatorio
Social Obligatorio"**

Profesional Servicio

c. El escenario fáctico descrito en la demanda, no puede ser tratado como relación laboral, bajo la figura del contrato realidad, en tanto, como su nombre lo sugiere y así se ha delineado anteriormente, tal figura solo es

viable de reconocerse, cuando la relación tiene como causa un contrato estatal, para el caso, contrato de prestación de servicios.

Así entonces, no le asiste razón al recurrente en invocar *“que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados”*

Con base en los argumentos previamente expuestos, la Sala confirmará la decisión proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Sincelejo, al encontrarse acreditado que el señor KEVIN JOHANN TRUJILLO FERNÁNDEZ, tiene derecho al reconocimiento de sus acreencias salariales y prestaciones sociales como profesional (médico) del Servicio Social Obligatorio, desempeñado en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS – SUCRE.

2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de ambas instancias, a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de adiada 16 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. El A quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0043/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA