

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado: | 13-001-23-33-000-2015-00212-00 |
| Demandante: | LUIS DE LA HOZ BARRIOS |
| Demandado: | E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE ARJONA |
| Magistrado Ponente | ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS |
| Tema: | Contrato realidad / médico rural |

I. ANTECEDENTES

De conformidad con los dispuestos en el art. 187 de la ley 1437 de 2011, procede la Sala de resolver el caso planteado; el señor Luis de la Hoz Barrios, a través de apoderado especial, ha ejercitado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual formula las siguientes pretensiones:

1.- PETITUM.

Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio fechado 06 de agosto de 2011; en consecuencia, de la declaratoria de nulidad se condene a la parte demandada a título de restablecimiento del derecho a reconocer la existencia de una vinculación laboral entre las partes, entre los días 25 de diciembre de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2012, al operar la figura del contrato realidad.

Condenar a la demandada a cancelar las prestaciones sociales a que tenga derecho el medico de planta de la entidad y la sanción moratoria de la ley 244 de 1995 debido a la falta de consignación de las cesantías.

1.2. Hechos.

Relata el accionante en síntesis los siguientes:

El día 25 de diciembre de 2011, el doctor Luis de la Hoz fue contratado por la ESE Hospital Local de Arjona para la prestación de servicio personales como médico del servicio social obligatorio, para la atención de usuario del nivel de

baja complejidad. La duración del contrato era por 7 días con un valor de \$ 640.440.

El día 1 de enero de 2012, el actor suscribió un contrato con la ESE Hospital Local de Arjona, por un término de duración de 11 meses y 25 días, por un valor de \$ 34.140.717, la finalidad del contrato era la prestación de servicios personales como médico del servicio social obligatorio, para la atención de usuarios del nivel de baja complejidad.

El valor del segundo contrato n° 01012012011 con fecha de inicio 01 de enero de 2012 y finalización el día 25 de diciembre de 2012, sería cancelado por la ESE en 11 cuotas por valor de \$2.885.131 y una cuota por valor de \$ 2.404.276.

El cumplimiento del objeto del contrato se realizaba a través de las asignaciones de turno y del cumplimiento de un horario de entrada y salida; la labor desarrollada se circunscribía a la atención de pacientes de la ESE Hospital Local de Arjona y demás funciones afines, labores que eran idénticas a las desarrolladas por los médicos de planta de la entidad.

Durante la duración del contrato la ESE, no cancelo las prestaciones obligatorias; así como tampoco las horas extras trabajadas durante el año de prestación del servicio.

1. 3. Fundamentos legales de las pretensiones.

La parte actora fundamenta sus pretensiones en los artículos 53, 122 y 125 Constitución Política; ley 50 de 1981, ley 244 de 1995 y ley 1164 de 2007.

1.4. concepto de violación.

Expone que el acto demandado viola de manera directa la constitución y la ley, al vincular al actor con órdenes de prestación de servicios, cuando la ley lo ubica en el marco de un contrato laboral.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. ESE Hospital Local de Arjona.

La demandada no contesto la demanda.

3. TRÁMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

A través de acta del 13 de marzo de 2015 (fl. 76), fue asignado el proceso al Despacho del Ponente, el cual mediante auto de fecha 16 de mayo de 2016 (fls. 92-93) se admitió la demanda, ordenándose la notificación de la misma a la parte accionada; luego por auto de 30 de marzo de 2017, se señaló fecha y hora, para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 106-107), el día 01 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia (fls. 109-110.) posteriormente en audiencia de pruebas realizada el día 20 de septiembre de 2017 y en virtud de lo establecido en el artículo 181 del CPACA por considerarse innecesaria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes.

4. ALEGACIONES.

Solo la parte demandante presento alegatos de conclusión. (fls.132-137)

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público a través de su agente delegado ante esta Corporación, emitió concepto en el sentido estricto, así:

"en virtud de las consideraciones expuestas, este Despacho solicita respetuosamente que se nieguen las prestaciones de la demanda, al no probarse en el plenario la existencia del personal de planta que tuviera una mejor remuneración que la del actor en la ESE Hospital de Arjona, de manera que no podría perseguir el pago de prestaciones sociales por el cumplimiento de actividades dentro del denominado servicio social obligatorio."

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

Impedimento del Dr. José Rafael Guerrero Leal.

Código: FCA-008

Versión: 02

Fecha: 18-07-20147



805782-1-0

El H. M. Dr. José Rafael Guerrero Leal, se declara impedido para conocer el presente proceso, en virtud de que concurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 12° del artículo 141 del C.G.P; ello porque fungió como procurador, emitiendo concepto en el sentido estricto.

La Sala, luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente, debido a que emitió concepto de fondo en el presente asunto, que puede afectar su imparcialidad; por lo que aceptará el impedimento manifestado por el H. M. Dr. José Rafael Guerrero Leal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 del C.P.A.C.A.

COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en armonía con los artículos 156 y 157 ibídem.

EXCEPCIONES

La parte demandada no contestó la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico central, tal como se indicó en la fijación del litigio se concreta en determinar si al actor le asiste derecho a que se le reconozca una relación legal y reglamentaria con la demandada; y si tiene derecho al reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales igualmente a las devengadas por el personal de planta.

TESIS.

Esta Sala de Decisión concederá parcialmente las pretensiones de la demanda por haberse acreditado por parte del actor los elementos del contrato de laboral, y así desvirtuó la presunción de legalidad que cubre a los actos administrativos, sin embargo, negará la pretensión respecto de la sanción moratoria por ser la sentencia constitutiva de derechos.

JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en un sin número de veces respecto a la figura del contrato de prestación de servicios, el cual se trae a colación un extracto de la siguiente:

“Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado



que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

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

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

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

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

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.¹

En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado² en su Sección Segunda encargada de solucionar las litis que se originan en materia laboral ha manifestado respecto del contrato realidad lo siguiente:

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014) REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. - Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación Código: FCA-008 Versión: 02 Fecha: 18-07-20147

“La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad 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. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Se concluye de lo citado que para que se esté en una situación donde se quiere disfrazar un contrato laboral con el de prestación de servicios se deben estructurar los elementos de la relación laboral – prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio -, pero sobre todo la subordinación, elemento esencial que determina la configuración del contrato laboral.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD³.

En lo que tiene que ver con la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad la alta superioridad en lo contencioso unificó el criterio respecto del tema disponiendo lo siguiente:

“Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo

número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

Código: FCA-008

Versión: 02

Fecha: 18-07-20147



53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.”

Se extrae de la cita jurisprudencia de unificación que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles que pese a que se configure para las acreencias labores no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

Régimen aplicable al Servicio Social Obligatorio

La Ley 50 de 1981 “Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional”, dispuso que las personas con formación tecnológica o universitaria debían prestar un Servicio Social Obligatorio, dentro del territorio Nacional, por un término hasta de un año. Este servicio, de conformidad con el artículo 2 *ibídem*, se presta con posterioridad a la obtención del título y es requisito previo para obtener la refrendación de dicho título.

Mediante Resolución No. 4548 del 3 de diciembre de 1998 del Ministerio de Salud, redujo a seis (6) meses el término para la prestación del Servicio Social Obligatorio en el Departamento de Bolívar.

En cuanto al régimen prestacional de quienes se encuentren prestando el Servicio Social Obligatorio estableció el artículo 6 *ibídem*:

“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.”
(Subrayas fuera del texto).

Posteriormente, el Decreto 2396 de 1981 “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud” dispuso que los egresados del programa universitario de medicina, entre otros, debían cumplir el citado servicio. Agregó:

“Artículo 6. Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan a las entidades a las cuales se vinculen.”.

El Ministerio de Trabajo, por su parte, en la Resolución No. 795 de 1995 “por la cual se establecen los criterios técnico administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio” dispuso:

“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.**”.*
(Las negrillas y subrayas fuera del texto).

A su vez, el Ministerio de Salud mediante concepto No. 2482 de mayo 16 de 2002, expresó lo siguiente:

“1. Legislación Servicio Social Obligatorio:

(...)

Los numerales 7 y 8 del artículo 1 de la Resolución No.00795 de 1995, prevé que la remuneración del personal que preste el Servicio Social Obligatorio no podrá ser inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios y que dichos profesionales gozarán de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

Por su parte el artículo 12 de la Resolución en comento señala que los profesionales que cumplan el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de personal, salarios y prestaciones sociales rijan a las entidades donde presta dicho servicio."

De conformidad con lo expuesto, se considera que quienes se desempeñan en el servicio social obligatorio, deben vincularse mediante una relación legal y reglamentaria, lo que les da la calidad de empleados públicos y por ende tienen un vínculo laboral con la entidad en que ejercen las funciones.

Como lo establecieron claramente las normas transcritas, quienes realicen el Servicio Social Obligatorio cuentan con los mismos derechos salariales y prestacionales del personal vinculado a la entidad y en ningún caso su remuneración puede ser inferior a la de los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.

Delo acreditado en el proceso

Del material probatorio obrante en la foliatura, el cual fue incorporado al proceso en las fases pertinentes y con observancia al derecho debido proceso, se extraen las pertinentes, conducentes y útiles, sin que fueran objetadas o tachadas de falsa, se encuentra acreditado que:

Entre el actor y la ESE, se suscribió unos contratos de prestaciones de servicios, uno por el valor de \$ 34.140.717 por el término de 11 meses y 25 días, desde el 01 de enero de 2012 a diciembre 25 de 2012; el segundo por el valor de \$ 640.440, por el lapsus de 7 días desde el 25 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2011, con el objeto contractual de prestación de servicios personales como médico del servicio social obligatorio, para la atención de los usuarios del nivel de baja complejidad, sujetándose a las normas sobre ética profesional y calidad del servicio, pagaderos mensualmente. (fls. 19-28)

Que mediante Oficio sin número adiado 24 de abril de 2012, la Subdirectora Técnica u Operativa de la Ese Hospital Local de Arjona, la informa al actor que en el mes de mayo entra en la rotación de todas las áreas del Hospital, tal y como se viene manejando con los demás médicos rurales, con un horario de atención de 8:00 A.m. a 5:00 P.m. (fl. 45) y oficio de fecha 17 de septiembre de 2012, donde se informa a los Médicos SSO, que si por cualquier motivo personal se requiere un día se deberá pasar el permiso por escrito. (fl.51)

De igual forma se encuentran los horarios de los médicos SSO de los meses de

diciembre de 2011, marzo, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2012; como los respectivos comprobantes de pago. (fls. 59-69)

Caso concreto.

La Sala precisa que respecto al estudio del contrato realidad en lo referente a la labor como medio de servicio social obligatorio que ejerció el actor; No desconoce que si bien, la jurisprudencia ha decantado que, la parte interesada en que se declare la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria, debe revestir el proceso de pruebas documentales y testimoniales que permitan llegar a la convicción de que realmente no se trataba de un contrato de prestación de servicios; si bien en el presente asunto no obra prueba que acredita la relación, la que reposa es apta para deducir los elementos de la relación laboral, por cuanto, de la vinculación como médico de servicio médico obligatorio, automáticamente da lugar a una relación laboral.

Como bien lo establecen los artículos 10 y 12 de la Resolución No. 795 de 1995, del Ministerio de Salud, *“por la cual se establecen los criterios técnico administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio”*, las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deben hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio con los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones, así mismo, estos cargos están sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.

En conclusión, la naturaleza del cargo que desempeñaba el actor dificultaba que su contratación fuera por medio de un contrato de prestación de servicios. Como se explicó, esta forma de contratación encubrió una relación de índole laboral, cuya implicación principal fue que no se reconocieran a favor del accionante los salarios durante la vigencia real de la relación laboral, las prestaciones sociales ni la afiliación a la seguridad social.

En consecuencia, de las funciones contenidas en los contratos de prestación de servicios, se puede afirmar que el actor debía desempeñarse como médico del SSO. lo cual implicaba que la labor al encomendada debía realizarla respetando unas indicaciones, el cual necesariamente debía establecerlo la ESE, limitando con ello la autonomía del demandante, lo que conlleva a que se prestara sus servicios de manera permanente, ya que, de lo

contrario se afectaba la prestación del servicio de salud, el cual estaba a cargo de la entidad contratante, circunstancias que dan cuenta de la subordinación existente entre la actora y dicha entidad.

Así las cosas, los servicios que prestó el actor como médico del SSO, se presumen que cumplen con las características de un contrato laboral, esto es desde el 25 al 31 de diciembre de 2011 y desde el 01 de enero hasta el 25 de diciembre de 2012, la cual de forma automática desvirtúa la existencia del contrato de prestación de servicios y en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (artículo 53 Constitución Política), es necesaria la protección especial del Estado, que garantiza el artículo 25 de la Carta política.

Se colige entonces que en el *sub examine*, las pretensiones del actor en cuanto al contrato realidad subsisten plenamente, lo que sumado a la configuración de todos los elementos de la relación laboral desvirtúa el vínculo contractual establecido e impone el amparo de los derechos laborales.

En otras palabras, por el hecho de prestar sus servicios el actor como médico del servicio social obligatorio automáticamente se debe premunir que existió un contrato laboral, debido a que tal y como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, esa labor implica un contrato laboral, por el tipo de labor que se presta.

El demandante basa sus pretensiones en que se le deben cancelar salarios y prestaciones sociales correspondientes al Médico de Planta de la ESE; No obstante, observa la Sala que el demandante no probó y/o acreditó el salario y prestaciones a que tenía derecho dicho cargo, de tal manera que no es posible homologar el cargo y el salario que se le debía cancelar al accionante como Médico General del personal de planta de Empresa Social del Estado.

Así las cosas, si bien se encuentra acreditada la existencia de una relación de naturaleza laboral entre las partes, el demandante no probó los salarios y prestaciones sociales que tiene derecho un de Médico General en la Planta de Personal de la entidad demandada; por lo anterior, se reconocerá como salario lo devengado por el accionante a título de honorarios, y solo las prestaciones sociales previstas en la Ley, esto es, seguridad social integral, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones y primas.

En cuanto a las prestaciones compartidas, se ordenará a la demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista según se ordenó en los contratos. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte del demandante atendiendo al corto término de duración de cada uno de los contratos suscritos y con fundamento en el artículo 282 de la Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda.

Por último respecto a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, se negarán debido a que la sentencia es constitutiva de derechos, lo que quiere decir que es desde la ejecutoria de la sentencia que declara un contrato laboral entre las partes es que se genera del derecho al pago de las cesantías por lo que desee ahí es que empieza el tiempo a correr para que pueda configurarse dicha sanción⁴.

En ese sentido y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los médicos generales de planta, según términos de los artículos 13 y 25 de la Carta.

De lo anteriormente expuesto, saltan a la vista la existencia de los elementos de una relación laboral ya que está probada la prestación personal del servicio y la subordinación del actor, configurándose los presupuestos para reconocer las prestaciones sociales solicitadas, debiéndose declarar nulo el acto demandado.

Con fundamento en los elementos probatorios y jurisprudenciales expuesto en la providencia y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01. Número interno: 2778-2013. Actor: Pablo Emilio Torres Garrido. Demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984. Asunto: Contrato de prestación de servicio suscrito entre el demandante y el municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Santander- Aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la formalidad en relaciones laborales.

“Por otra parte, no procede el reconocimiento de la sanción por mora que se solicita en la demanda por cuanto la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia y no se dan por tanto los presupuestos de la Ley 244 de 1995 - adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006-.”

crítica, y en aplicabilidad del principio de la tutela efectiva, sin más análisis sobre el particular, se (i) se decretará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, en cuanto le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; (ii) se ordenará al ESE accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 25 al 31 de diciembre de 2011 y desde el 01 de enero al 25 de diciembre de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; (iii) se declarará que el tiempo laborado por la demandante como médico SSO bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con la ESE, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y (iv) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de la sanción moratoria, por no haberse configurado.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la acusación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

5.- CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.

Aplica la Sala el artículo 188 CPACA que en materia de condena en costas remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 365 señala que se condenará en costas a la parte

vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme al artículo 361 del C.G.P., las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el H. Consejo Superior de la Judicatura que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa en primera instancia con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. (*Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia proferida el 16 de abril de 2015, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-24-000-2012-00446-01, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala*).

En ese sentido, no se condenará en costas debido a que al actor le fueron parcialmente favorables las pretensiones de conformidad con el numeral quinto⁵ de la norma ibídem.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE fundado el impedimento manifestado por el doctor José Rafael Guerrero Leal, como Magistrado integrante de la Sala de Decisión nº 1, de este Tribunal, en consecuencia, aceptasele y separase del conocimiento del presente proceso.

⁵ En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial de los actos administrativos contendió en el oficio sin número, fechado agosto 6 de 2011, expedido por el Gerente de la ESE Hospital Local de Arjona, por medio de la cual negó la solicitud de reconocimiento de una relación laboral; de conformidad con lo antes expuesto.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho, **DECLÁRESE** que entre el señor Luis Alberto de la Hoz Barrios y la ESE Hospital Local de Arjona - Bolívar, existió una relación laboral y reglamentaria (durante el tiempo comprendido entre el 25 al 31 de diciembre de 2011 y desde el 01 de enero hasta el 25 de diciembre de 2012, salvo sus interrupciones) y en consecuencias, ordénese a la ESE el pago de todos los emolumentos y/o acreencias laborales – prestaciones sociales - dejados de percibir, en cada uno de los contratos de prestación de servicios.

Las sumas que resulten a favor del señor Luis de la Hoz Barrios, serán ajustadas, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de liquidación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Notifíquese de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

- Ponente -

- IMPEDIDO -

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Doctor

Roberto Mario Chavarro Colpas

Magistrado Titular del Despacho 001

Tribunal Administrativo de Bolívar.

REF. Declaración de Impedimento. (Numeral 12 artículo 141 C.G.P.)

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control: | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado: | 13-001-23-33-000-2015-00212-00 |
| Demandante: | LUIS DE LA HOZ BARRIOS |
| Demandado: | E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE ARJONA |
| Magistrado Ponente | ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS |
| Tema: | CONTRATO REALIDAD / MÉDICO RURAL |

Sería del caso particular en la Sala de Decisión al que he sido convocado con ocasión al medio de control de la referencia, manifestar que me encuentro incurso en la causal de impedimento señalada en el numeral 12º del artículo 141 del C.G.P., aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 130 del CPACA; que, al tenor de lo allí dispuesto, disponen:

“ARTÍCULO 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

(...) 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Misterio Público, perito o testigo.”

“ARTÍCULO 130. Causales. Los Magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil...”

Lo anterior atendiendo a que el suscrito emitió concepto cuando fungía como Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Bolívar.



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

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:

2c76d0817ccff24d545467fef84ec2d3ee441f034f3a1c5078452673f3f963b1

Documento generado en 06/08/2020 07:25:39 a.m.