

## REPÚBLICA DE COLOMBIA

### RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

Manizales, Caldas, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicado proceso: 17001-33-33-001-2017-00412-00  
Demandante: Rafael Jesús Pinilla Zuleta  
Demandado: ESE Hospital San José de Samaná Caldas  
Sentencia: No. 120

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 demandante que se declare la nulidad del acto administrativo del 12 de mayo de 2017 por medio del cual la ESE Hospital San José de Samaná Caldas negó el reconocimiento de una relación laboral entre el señor Rafael Jesús Pinilla Zuleta y esa entidad, quien durante el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015 al 31 de julio de 2016 estuvo vinculado a la ESE demandada, prestando el servicio médico obligatorio.

A título de restablecimiento del derecho, es solicitado i) la declaratoria de existencia de relación laboral entre el Hospital y el señor Pinilla Zuleta durante el periodo antes citado, ii) el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la falta de reconocimiento del contrato de trabajo (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones bonificación por prestación de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominicales, festivos, etc) iii) el pago de los perjuicios derivados de lucro cesante representado en los salarios y prestaciones sociales insolutos, y del daño moral derivado de los mismos hechos, iv) el pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el no pago oportuno de las prestaciones sociales.

##### 1.2 HECHOS RELEVANTES

El accionante es médico y prestó sus servicios profesionales al Hospital San José de Samaná Caldas con el fin de cumplir con el requisito del Servicio Social Obligatorio, en el período comprendido entre el **01 de agosto de 2015 al 31 de julio**

**de 2016**, durante el cual suscribió dos contratos de prestación de servicios, el No. 214-2015 del 01 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015 por un valor total de \$20.000.000, y el No. 055 de 2016, que se ejecutó del 5 de enero de 2016 al 31 de julio de 2016, por valor de \$28.000.000.

Se afirma en la demanda que durante el desempeño del Servicio Social Obligatorio el 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. Las funciones que ejecutó eran similares, incluso superiores a las que ejercía el personal médico vinculado bajo relación legal y reglamentaria con la ESE.

Que estaba obligado a prestar sus servicios en el área de consulta externa en los turnos que le fijara la ESE y al mismo tiempo debía ejecutar funciones en las áreas de hospitalización y urgencias, razón por la cual debía tener disponibilidad absoluta durante las 24 horas del día, así no estuviera de turno asignado.

Dice que la ESE San José de Samaná adicionó en dos millones de pesos el contrato en marzo 1 de 2016 a través del Otro sí No. 01 de dicha fecha, ya que la entidad carecía de personal médico para atender las altas necesidades del servicio y requirió del apoyo de personal ya vinculado para que prestaran sus servicios POST TURNO.

Indicó que la ESE siempre controló las actividades realizadas por el señor PINILLA ZULETA, su comportamiento y desempeño, lo cual puede ser corroborado con las actas de interventora y supervisión de los contratos, al igual que los informes mensuales presentados por el demandante.

## **2. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

### **2.1 Normas violadas**

Se relacionan como vulneradas las siguientes normas:

**Constitución Política:** Artículos 1, 2, 25, 28, 53, 55, 122, 123, 125 y 209.

**Normas Legales:** Artículo 32 ley 80 de 1993, artículo 33 ley 1164 de 2007.

### **2.2 Concepto de la violación:**

Señala que la vinculación del actor no debió darse a través de contrato de prestación de servicios, pues en este caso se acreditaban varios criterios que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C 614 de 2009, como lo son el funcional, el de igualdad, o de temporalidad o habitualidad en la prestación del servicio, el de excepcionalidad, y el de continuidad.

Que en este caso se evidencia que tales criterios se encuentran acreditados porque: “i) se conjuga el **criterio funcional** porque las funciones de médico contratadas están referidas a las que debía adelantar la entidad pública; ii) se evidencia el **criterio de igualdad** toda vez que dichas funciones eran las mismas, e incluso superiores, a las que cumplía un médico general de planta en la entidad, además cumpliéndose con los tres elementos de una relación laboral; iii) el **criterio de habitualidad** se concreta en el cumplimiento de horarios y turnos fijados unilateralmente por la entidad, restringiendo todo tipo de autonomía para ejecutar las labores contratadas; iv) se vislumbra el **criterio de excepcionalidad** por tratarse de funciones atinentes al giro normal de los negocios de la entidad, esto es, prestación del servicio público de salud; y y) se presenta el **criterio de la continuidad**, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos para desempeñar funciones inherentes al cometido que constitucional, legal y reglamentariamente correspondía a la empresa social del estado demandada.”

Refiere que la entidad demandada utilizó en forma tergiversada la modalidad de contratación por prestación de servicios, debido a la naturaleza de las labores para las cuales contrató al demandante, dado que eran propias del objeto misional de la entidad, pues ello lo demuestra la existencia de elementos de subordinación y dependencia propios del vínculo que une al empleado con la administración.

Es por lo anterior que en protección del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se debe reconocer el derecho a recibir las mismas prestaciones sociales que percibían los empleados públicos de planta de la ESE durante el tiempo que el actor prestó sus servicios.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

En término, la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al argumentar que al tratarse de contratos de prestación de servicios, no puede hablarse de solución de continuidad, teniendo en cuenta que estos expiran por el cumplimiento del objeto o plazo pactado. Que el demandante era autónomo para la prestación de su servicio, “para lo cual establecía los turnos y actividades de manera bilateral con el contratante, en concurso con la coordinadora médica de la ESE, teniendo en cuenta que el hospital cuenta con un personal médico, que era el que se pretendía apoyar con el contrato suscrito con el hoy demandante.

Indica que lo que el actor hacía no era más que ejecutar las obligaciones previstas en el contrato, pero sin que ello implique que estaba obedeciendo órdenes, y por ello no existe prueba de requerimientos o memorandos, incluso dice desconocer los cuadros de turnos aportados, pues los mismos ni siquiera se encuentran suscritos por algún funcionario de la ESE, ni reposan en el archivo de la entidad.

Dice que desconoce si el actor tenía tiempo o no de ejecutar otros contratos por falta de tiempo ante la alta demanda de trabajo en la ESE, pues lo cierto es que el demandante coordinaba con la ESE la prestación de servicios, teniendo en cuanto su disponibilidad como las necesidades del ente hospitalario.

Que el accionante fue contratado para satisfacer aquellas necesidades que no era posible suplir con personal de planta, más no equiparar sus funciones al personal permanente. Que había un supervisor como en todo contrato, y los informes de cumplimiento mensual los presentaba porque de igual forma debía acreditar el cumplimiento del contrato.

Refiere que es cierto que al actor nunca se le pagaron prestaciones sociales pues lo que se cancela en el tipo de contrato celebrado, son honorarios. Que nunca se le pagó horas extras, dominicales o festivos, porque al tratarse de un contrato de prestación de servicios gozaba de autonomía para la ejecución del contrato y tales emolumentos solo son predicables de contratos de trabajo.

Propuso las excepciones de **“Inexistencia contrato realidad”** y **“excepción genérica”**.

Se refiere a sentencias del Consejo de Estado en la que se ha dicho que el contratista en estos casos es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, la cual no era posible llevarse a cabo con el personal existente en la planta, pues su labor era el apoyo a los profesionales de la Salud de la ESE con turnos que se fijaban bilateralmente con la ESE sin tener que cumplir órdenes directas ni las mismas funciones que el personal de la entidad, refiriéndose a las mismas razones pronunciadas al momento de contestar cada uno de los hechos de la demanda. (ff. 102-130).

#### **4. TRÁMITE PROCESAL**

**4.1 La audiencia inicial:** El día 21 de marzo de 2017, 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 San José de Samaná, en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, se configuraron los elementos esenciales de una relación laboral, en especial, si existió subordinación en la prestación del servicio.

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 en tanto a las pruebas testimoniales solicitadas por la parte demandante se decretaron y practicaron.

Agotada la etapa probatoria se fijó fecha para audiencia de alegatos, la cual se llevó a cabo el 16 de julio presente, se dio sentido de fallo accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda y se anunció que la sentencia escrita se proferiría dentro de los diez días siguientes conforme lo reglado en el artículo 182 del CPACA.

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

**4.2.1. APODERADO DEMANDANTE:** (Videograbación de minuto 44:30 a 52:47 del aplicativo TEAMS) Refiere que en este caso no se presentó un contrato de prestación de servicios, sino un verdadero contrato laboral, pues en este caso se presentaron los tres elementos de dicho contrato. Citó sentencia del Consejo de Estado de la Sección Segunda, con ponencia del Consejero César Palomino 26 de julio de 2018, radicado Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01, Número interno: 2778-2013 la cual refiere que en casos como el presente se acreditan los elementos del contrato de trabajo. Que de las pruebas obrantes se permite inferir el tiempo por el cual estuvo vinculado, el valor de la remuneración y las funciones ejercidas, de donde se evidencia que el actor carecía de autonomía para ejercer las múltiples funciones encomendadas.

**APODERADO HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANÁ:** (Videograbación de minuto 52:50a 56:31 del aplicativo TEAMS) que la Resolución 1058 de 2010 autoriza la vinculación de los médicos en servicio social obligatorio a través del Contrato de Prestación de Servicios, motivo por el cual no existe irregularidad en la forma en que se contrató al señor Pinilla, ya que con este existió nada más que un contrato de coordinación para realizar los turnos y demás funciones que le fueron encomendado, puesto que era totalmente independiente en el ejercicio de sus funciones, razón por la cual reitera su solicitud de que se nieguen las pretensiones de la demanda.

## **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:** en el *sub judice* corresponde determinar si sobre el acto administrativo demandado sobreviene alguna de las circunstancias fácticas respecto de las cuales sea susceptible desvirtuar su presunción de legalidad, y en establecer si se configuró una relación de naturaleza laboral, al confluir los elementos esenciales del contrato laboral como son la subordinación, la prestación personal del servicio, y la remuneración efectiva como contraprestación.

Como consecuencia de lo anterior, deberá indicarse cómo se efectuaría el restablecimiento del derecho, esclareciendo si es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas.

## 5.4 PRUEBAS.

Con la demanda fueron aportados los siguientes documentos:

1. Solicitud de conciliación extrajudicial del 14 de julio de 2017 (f.17)
2. Constancia de no acuerdo conciliatorio del 28 de agosto de 2017 (ff. 19-20)
3. Oficio de mayo 12 de 2017 emitido por la ESE Hospital San José de Samaná en el que negó el reconocimiento de prestaciones sociales y salariales (f. 21)
4. Acuerdo No. 06 del 31 de mayo de 2000, a través del cual se transforma el Hospital San José de Samaná en Empresa Social del Estado y se expide su estatuto básico (ff. 22-28)
5. Contrato de Prestación de servicios No. 214 de 2015 (ff. 29-34)
6. Certificado de disponibilidad Presupuestal por \$20.000.000 del 1 de agosto de 2015 (ff. 35)
7. Acta de Inicio del contrato 214 de 2015 (ff. 36-38).
8. Contrato de Prestación de servicios No. 055 de 2016 (ff. 39-44)
9. Notificación de supervisión del contrato No. 055 de 2016 del 5 de enero de 2016 (f.45)
10. Certificado de disponibilidad Presupuestal por \$28.000.000 del 5 de enero de 2016 (f. 46)
11. Acta de Inicio del contrato No. 055 de 2016 (ff. 47-48).
12. Oficio del 29 de febrero de 2016, suscrito por Diana María Clavijo Tabares Coordinadora médica dirigida al Gerente del Hospital San José, solicitando adición al contrato No. 055 de 2016 (f. 49).
13. Certificado de disponibilidad Presupuestal por \$2.000.000 del 29 de febrero de 2016 (f. 50 )
14. Otro sí al Contrato de Prestación de servicios No. 055 de 2016 (ff. 51-52)
15. Certificado de disponibilidad Presupuestal por \$2.000.000 del 1 de marzo de 2016 (f. 53)
16. Notificación de supervisión del contrato No. 055 de 2016 del 17 de febrero de 2016 (f.54)

17. Acta de terminación y liquidación del contrato No. 055 de 2016 del 31 de julio de 2016(ff. 55-56)
18. Acta de Interventoría del Contrato 214 de 2015, del 31 de agosto de 2015 (ff. 57)
19. Detalle de pago portal banca virtual por \$4.000.000 del 4 de septiembre de 2015 (f. 58)
20. Acta de Interventoría del contrato 214 de 2015, del 30 de septiembre de 2016 (ff. 59)
21. Certificado de pago de honorarios por \$4.000.000 del 6 de octubre de 2015 (f. 60)
22. Detalle de pago portal banca virtual por \$4.000.000 del 7 de octubre de 2015 (f. 61)
23. Acta de Interventoría del contrato 214 de 2015, del 31 de octubre de 2015 (ff. 62)
24. Certificado de pago de honorarios por \$4.000.000 del 11 de noviembre de 2015 (f. 63)
25. Detalle de pago portal banca virtual por \$4.000.000 del 11 de noviembre 2015 (f. 64)
26. Acta de Interventoría del contrato 214 de 2015, del 30 de noviembre de 2015 (ff. 65)
27. Certificado de pago de honorarios por \$4.000.000 del 11 de diciembre de 2015 (f. 66)
28. Detalle de pago portal banca virtual por \$4.000.000 del 11 de diciembre de 2015 (f. 67)
29. Acta de Interventoría del contrato 214 de 2015, del 30 de diciembre de 2015 (ff. 68)
30. Acta de Supervisión No. 001, del contrato 055 de 2016, del 31 de enero de 2016 (ff. 69)
31. Acta de Supervisión No. 002, del contrato 055 de 2016, del 29 de febrero de 2016 (ff. 70)

32. Acta de Supervisión No. 003, del contrato 055 de 2016, del 31 de marzo de 2016 (ff. 71)

33. Acta de Supervisión No. 004, del contrato 055 de 2016, del 30 de abril de 2016 (f. 72)

34. Acta de Supervisión No. 005, del contrato 055 de 2016, del 31 de mayo de 2016 (f. 73)

35. Acta de Supervisión No. 006, del contrato 055 de 2016, del 30 de junio de 2016 (f. 74)

36. Acta de Supervisión No. 007, del contrato 055 de 2016, del 28 de julio de 2016 (f. 75)

37. Cuadro de turnos (ff. 76-78)

38. Oficio sin número del 8 de febrero de 2020, por medio del cual el Gerente Encargado de la ESA demandada informa que de acuerdo a al Área de Gestión Documental de la ESE no se encontraron archivos del Hospital San José durante el mes de agosto de 2015 y julio de 2016, y anexa certificaciones (f. 178)

39. Certificación sobre el pago de salarios y prestaciones sociales que se le hicieron a médicos del Hospital SAN JOSÉ durante el mes de agosto y julio de 2016, expedida por el Gerente Encargado de la ESE demandada de fecha 7 de febrero de 2020 (f. 179)

40. Certificado de funciones del personal del área de salud para la vigencia 2015 en adelante, expedida por el Gerente Encargado de la ESE demandada de fecha 7 de febrero de 2020 (f. 180-182)

## **5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **5.5.1. Origen y generalidades del Servicio Social Obligatorio-área de la Salud.**

Como lo refirió la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>1</sup>: *“El servicio social obligatorio en Colombia, para el campo de la medicina, surgió bajo el concepto de año de “medicatura rural” creado mediante Decreto 3842 de 1949, que exigió como requisito para legalizar el título de los egresados ese programa.”*

Posteriormente, la Ley 50 del 7 de julio de 1981, retomó la anterior disposición y estableció tal servicio, como una obligación impuesta a todas aquellas personas con formación tecnológica o profesional, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto - Ley 80 de 1980 y como requisito indispensable para la refrendación del título profesional obtenido para el ejercicio de la profesión en todo

el territorio nacional. En lo que se refiere a la tasa de remuneración y el régimen prestacional de quienes presten servicio social obligatorio, el artículo 6° de la norma en mención indicó que serían los propios de la institución a la que se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio, bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.”

Dicha normativa indica que dicho servicio deberá ser prestado por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto-Ley 80 de 1980, y que su prestación se hará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de la profesión, como ya había precisado.

La Ley 50 de 1981<sup>2</sup> estableció en su artículo sexto 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.”*

La citada Ley fue reglamentada por el Decreto 2396 de 1981<sup>3</sup>, que dispuso que *“los profesionales egresados del programa de medicina, entre otros, debían cumplir el servicio social obligatorio “quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan a las entidades a las cuales se vinculen.”*

Posteriormente, el Ministerio de Trabajo expidió la Resolución No. 795 de 1995<sup>4</sup> y sobre el régimen salarial y prestacional del personal en SSO lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°:

**(...) 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.** (Negrita y resaltado fuera de texto).

Actualmente, 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.

La mencionada Ley 1164 de 2007, “Por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud”, establece:

**“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.

(...)

**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 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.”

Por su parte, la Resolución 1058 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”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece:

“**ARTÍCULO 3°. 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.

**Plazas de Servicio Social Obligatorio:** Son cargos o puestos de trabajo establecidos por instituciones públicas o privadas, que permiten la vinculación legal, contractual o reglamentaria, con carácter temporal, de los profesionales de la salud, cumpliendo con las condiciones establecidas en la presente resolución para desarrollar el Servicio Social Obligatorio. Estas plazas deben ser previamente aprobadas por la autoridad competente. (Subrayado nuestro)

(...)”

Sobre sus orígenes, historia de su reglamentación, y regulación normativa, resulta de gran ilustración lo expuesto por el Consejo de Estado mediante sentencia del Magistrado LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, que se cita enseguida<sup>5</sup>:

### **“1. Naturaleza del Servicio Social Obligatorio y régimen salarial de los profesionales que lo cumplen:**

El Servicio Social Obligatorio (SSO) es un programa fundamentalmente del sistema de salud, orientado a la contribución que hacen los profesionales de la salud, una vez han obtenido el título profesional, como retribución a la sociedad por su formación superior, mediante el desempeño, entre seis meses y un año, de funciones y actividades específicas en proyectos, programas y acciones de salud.

El SSO es un requisito indispensable y previo para obtener la refrendación del título, sin el cual el egresado del programa de salud no puede establecer vínculo laboral o contractual con ningún organismo o entidad para ejercer la profesión en el territorio nacional. Este requisito estuvo dirigido inicialmente a los egresados de los programas universitarios o tecnológicos de Medicina, Enfermería, Odontología, Microbiología, Bacteriología y Laboratorio Clínico, Nutrición y Dietética; se hizo extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de los tratados internacionales. Los egresados de otros programas de la salud pueden cumplir con el SSO cuando así lo determine el Gobierno Nacional a propuesta del Ministerio de la Protección Social.

Así las cosas, **el SSO constituye la primera experiencia laboral de la mayoría de los egresados en las áreas de la salud** y, como tal, propicia la inserción al medio profesional y permite el acercamiento a la realidad y a las necesidades de la población colombiana.

Los principios que orientan el Servicio Social Obligatorio son: universalidad, equidad, solidaridad, calidad, eficiencia, integralidad, unidad y participación, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución y en las normas que regulan la Seguridad Social en Salud.

En Colombia el surgimiento del Servicio Social Obligatorio se asoció con el año de medicatura rural creado mediante decreto 3842 de 1949, el cual se exigió como requisito para legalizar el título de los egresados del programa de Medicina. Posteriormente, este servicio rural también se pidió como requisito para refrendar el título de los profesionales de Odontología (decreto 1377 de 1951), Bacteriología (ley 44 de 1971) y Enfermería (decreto 2184 de 1976).

Mediante resolución 11632 de 1980, se establecieron 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 definieron algunos aspectos laborales que orientaban su forma de contratación.**

La ley 50 de 27 de mayo de 1981 retomó las disposiciones anteriores y 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 1980.

En forma general, la mencionada ley 50 estableció el término de un año para este servicio, lo hizo extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, determinó su realización en fecha posterior a la obtención del título y constituyó esta práctica como un requisito indispensable para refrendar el título; también creó el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio (CNCSSO) adscrito al ICFES, como ente encargado de organizar todo lo relacionado con el SSO.

Es de anotar que la expedición de la ley 50 de 1981 trajo consigo la modificación del concepto de “*año rural*” por el de “*Servicio Social Obligatorio*” con el fin de propiciar el cumplimiento de esta obligación también en zonas diferentes a la rural.

Con relación al régimen salarial y prestacional de los profesionales que prestan el Servicio Social Obligatorio, determinó:

***“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” (artículo 6º - resaltado fuera del texto).***

Sobre el particular, el Ministerio de Salud (hoy de Trabajo y Seguridad Social) conceptuó:

*“De conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1981, las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los profesionales que prestan el 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” (Boletín Jurídico No. 1 de diciembre de 1995 - resaltado fuera del texto).***

La ley 50 de 1981 fue reglamentada, entre otros, por los decretos Nos. 2396 de 1981, 3289 de 1982; la resolución No. 15041 de 1982; los decretos Nos. 1155 de 1983, 3448 de 1983, 2865 de 1994 y las resoluciones Nos. 000795 de 1995 y 1140 de 2002.

Dichas disposiciones, en su orden, señalaron:

- El decreto 2396 de 1981 determinó las profesiones que debían cumplir con esta exigencia: Medicina, Enfermería, Odontología y Bacteriología; estableció que la duración sería de un año de tiempo completo y 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; en programas de salud que atendieran emergencias, calamidades públicas ó programas docentes de tipo científico investigativo.

Reiteró que los profesionales que debían cumplir con el SSO quedarían sujetos a las a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

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

*ARTÍCULO 7º. El Ministerio de Salud, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 50 de 1981, informará semestralmente al Consejo Coordinador del Servicio Social Obligatorio sobre las tasas remunerativas y el régimen prestacional de quienes presten el Servicio Social Obligatorio”.*

- El decreto 3289 de 1982, en esencia, disminuyó a seis meses el servicio que se realizaba en zonas que estuvieran sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas.

- La resolución 15041 de 1982 reglamentó el programa de *“Inducción al servicio”* que debía recibir todo profesional al ingresar al SSO.

- 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.

- 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 SSO 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 SSO, *“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”*** (resaltado fuera del texto).

- La resolución 000795 de 1995 estableció los criterios técnicos y administrativos para la prestación del SSO. Con fundamento en el numeral 7º del artículo 4º del decreto - ley 1298 de 1994 que señala 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, en síntesis, que las plazas se debían orientar preferentemente a la ampliación de cobertura en salud en las poblaciones de

estratos socioeconómicos 1 y 2. Determinó que las funciones y actividades del profesional en SSO 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.

**Consideró que quienes estuvieran en cumplimiento del SSO 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 servicio.**

*“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” (artículo 1º).*

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

**“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.*

**PARAGRAFO.** *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”.*

- Por último, la resolución 1140 de 2002 determinó las localidades en las que el Programa de SSO 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”.*

**Del anterior recuento normativo se puede concluir, sin lugar a equívocos, que dada la finalidad y las circunstancias especiales en las que se presta el Servicio Social Obligatorio, ha sido el querer del legislador y del Gobierno garantizar y proteger los derechos laborales de los profesionales que se vinculan en dichas plazas.**

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia del 16 de febrero de 2012 radicado 13001-23-31-000-2001-01766-01 1708-11, sobre los derechos salariales y prestaciones de los médicos en servicio social obligatorio indico lo siguiente:<sup>6</sup>

“El hecho de que el artículo 1° del Decreto de nombramiento establezca que la asignación mensual era la suma inferior a la que legalmente le corresponde, no es óbice para acceder a las pretensiones de la demanda, **pues las normas aplicables establecen los derechos de las personas que desempeñan el servicio social obligatorio. No sería justo ni equitativo con la actora, negarle el pago de las prestaciones sociales y demás beneficios que reciben los médicos nombrados en el mismo nivel y grado, pues así lo contempla el ordenamiento.** Conforme al acervo probatorio arrojado al proceso, quedó demostrado que efectivamente existió una violación al ordenamiento jurídico y por tanto es procedente ordenar el reajuste de los salarios y prestaciones percibidos por el actor como Médico de Servicio de Salud Obligatorio, a lo devengado por un Médico General, como lo hizo el A-quo.”

Sobre el cargo, grado y denominación que tiene el médico en Servicio Social Obligatorio en la Estructura de la Administración, así como el objeto que tiene esta figura para garantizar la cobertura en salud de toda la Población del País, dado que la oferta de los Profesionales de la Salud en las Instituciones de Salud no alcanza a cubrir la demanda de salud, dijo esta misma sentencia:

En cuanto a la vinculación que deben tener con la Administración, está visto que estos cargos se enmarcan dentro de la Estructura del Sector Oficial de Salud Territorial, asignándoseles el Nivel 3220, cuya denominación es Médico de Servicio Social Obligatorio, según el Decreto 1921 de 1994, por lo que en principio se puede afirmar que se trata de una relación laboral por el término de duración del servicio (1 año). No debe ser otra la orientación dada por el Legislador al momento de crear el Servicio Social Obligatorio, que garantizar la cobertura en salud a todos los habitantes del Territorio Nacional, especialmente para las personas desprotegidas que están vinculadas al régimen subsidiado o que tienen la calidad de vinculados al sistema, es importante destacar que la oferta de profesionales de la salud no alcanza a cubrir a toda la población colombiana según los índices estadísticos del DANE, y mucho menos para el año 1981, cuando fue creada ésta atención social, por lo que las normas regulatorias se encaminan a ofrecer un incentivo económico y laboral para los profesionales que deben cumplir con el requisito para convalidar su título.

## **5. 6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.**

Con el cotejo probatorio se tienen acreditados en el plenario los siguientes hechos relevantes, relacionados estrictamente con el sub iudice.

Que el señor Rafael Jesús Pinilla Zuleta fue vinculado en el cargo de Profesional del Servicio Social obligatorio a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANA mediante Contrato de Prestación de servicios No. 214 de 2015, el cual se ejecutó desde el 01 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015 por un valor total de \$20.000.000, y el No. 055 de 2016, que se ejecutó del 5 de enero de 2016 al 31 de julio de 2016, por valor de \$28.000.000.

Que mediante petición del 20 de abril de 2017, el señor Pinilla Zuleta solicitó a la ESE Hospital San José de Samaná, el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por prestación de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominicales, festivos, entre otros), así como que *“reconozca y pague con destino al Sistema Integral de Seguridad Social, las cotizaciones correspondientes a salud, pensión y riesgos laborales a título de indemnización, cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015, hasta el 31 de julio de 2016, las cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios”*.

Frente a ésta petición la ESE demandada emitió oficio de del 12 de mayo de 2017, en el que negó el reconocimiento de prestaciones sociales y salariales por cuanto: *“los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, los cuales comportan el cumplimiento de obligaciones con absoluta autonomía e independencia, que por disposición legal no le general el reconocimiento de las prestaciones sociales y salariales que se demandan en el escrito petitorio”* (f. 21).

Sobre este aspecto en particular, esto es, el de la configuración del “contrato de trabajo” por la acreditación de sus elementos estructurales (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración) en tratándose de la obligación o de reconocer y pagar prestaciones sociales a los Médicos en Servicio Social Obligatorio, y en relación con el anterior argumento sobre el cual la ESE SAN JOSÉ DE SAMANÁ edifica su defensa, el Despacho encuentra que resulta de vital importancia traer a colación lo que el Consejo de Estado ha indicado sobre tal obligación en tratándose de médicos que prestan el SSO.

Antes de ello, el Juzgado se permite citar extracto de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima<sup>7</sup> que sobre la declaratoria de **“contrato realidad” cuando deriva del ejercicio profesional de médicos, pero en ejercicio del Servicio Social Obligatorio, dijo lo siguiente:**

**“Ahora bien advierte la Sala, que el sub lite no va encaminado exactamente a la existencia de un contrato realidad, puesto que, de conformidad con el marco jurídico señalado en precedencia, se avizoró que en el caso de la prestación de servicio social obligatorio como en los médicos, no se deben desconocer sus garantías prestacionales, por lo que a simple vista podría indicarse que su**

vinculación no se puede realizar mediante contrato de prestación de servicios.

Aunado a lo anterior, dentro del expediente reposa copia de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital demandado y el accionante, y certificación suscrita por el Gerente del Hospital regional del Líbano y el Secretario de Salud Departamental vista a folio 8 del plenario, donde certificaron que el señor Manuel Alejandro Rubiano Amézquita, prestó sus servicios como Médico de servicio social obligatorio, cumpliendo con todas las tareas que le fueron asignadas mediante las contrataciones suscritas.

[...]

**Al respecto advierte la Sala, que al encontrarse frente a la prestación de servicios por un médico que ejerce su servicio social obligatorio, en el cual si bien es cierto, se puede contratar mediante la modalidad de contrato por prestación de servicios, la administración no debía haberle desconocido las garantías prestacionales, por lo cual no se estudiaran los elementos para constituirse como un contrato realidad, al tener una connotación especial.**

Ante este panorama, se reitera que tal y como lo ha señalado el Ministerio de Salud, **si se puede contratar mediante la modalidad de prestación de servicios, la entidad demandada desconoció las garantías fundamentales de la parte actora, al haberle exigido el pago de su seguridad social y no haberle reconocido y pagado las prestaciones sociales a que había lugar, de conformidad con los demás médicos que se encontraban vinculados con la entidad, puesto que al revisar el cuadro de turnos, se avizora que habían más profesionales en medicina adscritos al centro hospitalario.”**

En plena concordancia con las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de octubre de 2019<sup>8</sup>, indicó al desatar la acción de tutela interpuesta por la entidad demandada (ESE Hospital Regional de Líbano Tolima) en el proceso de nulidad antes referenciado, originado en la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la ESE demandada por configuración de los defectos fáctico, sustantivo, de desconocimiento del precedente y de violación directa de la Constitución, al haberse accedido en primera y segunda instancia al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en favor del médico en SSO, que:

“En ese orden, es preciso señalar que, comoquiera que el litigio, en sede ordinaria, **giró en torno al reconocimiento y pago de emolumentos salariales y prestacionales a favor de un médico del servicio social obligatorio vinculado a través de contratos de prestación de servicios, las consideraciones hechas por la entidad accionante sobre la falta de prueba de la relación laboral de cara al eventual**

**reconocimiento de la existencia de un “contrato realidad” ([a] indebida valoración del cuadro de turnos), no están llamadas a prosperar, pues éstas resultan sustancialmente apartadas del objeto del litigio mismo, toda vez que nunca se cuestionó la existencia de relación laboral, sino las diferencias salariales y prestacionales del demandante respecto de los médicos de planta, a la luz de la especial regulación normativa del servicio en mención.** Negrita y subrayado fuera de texto.

En el mismo sentido, la Subsección B, de la Sección Segunda del Alto Tribunal Contencioso Administrativo, indicó que:<sup>9</sup>

“En el asunto sub júdice la accionante fue vinculada mediante Acto Administrativo de nombramiento y posterior posesión, a la Unidad Ejecutora CAP (IPS- Primer Nivel), de Bayunca para ejercer el cargo de médico en servicio social obligatorio; lo que permite concluir que, la demandante es beneficiaria, en principio, de todos los derechos salariales y prestacionales a los que tenían derecho los empleados públicos de la entidad.

El hecho de que el artículo primero del Decreto de nombramiento establezca que la asignación mensual era la suma de \$606.900, no es óbice para acceder a las pretensiones de la demanda, pues las normas aplicables son las que establecen los derechos de las personas que desempeñan el servicio social obligatorio.”

En efecto, lo que el Despacho quiere hacer ver con las disquisiciones jurisprudenciales pre anotadas, es que en las demandas que persiguen el reconocimiento y pago de reajustes salariales y/o prestaciones sociales no reconocidas durante, o con ocasión de la prestación del servicio de MÉDICO EN SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO no se estudia bajo las reglas y requisitos del “contrato realidad”, lo cual significa que no es necesario acreditar la subordinación y demás elementos del contrato de trabajo, pues existe normatividad precisa que les otorga el derecho a recibir la misma: 1) remuneración, 2) prestaciones sociales y 3) cantidad de trabajo que un médico de planta de la entidad en la cual haya prestado el SSO.

En este punto resulta preciso que el Juzgado se pronuncie frente a la manifestación que hizo el abogado de la parte demandante en la audiencia de Alegatos al citar la sentencia del Consejo de Estado de la Sección Segunda, con ponencia del Consejero César Palomino del 26 de julio de 2018, radicado Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01, Número interno: 2778-2013, pues en dicha sentencia se estudia la configuración, ahora sí, de un contrato realidad pero de un médico general, que no desarrolló su labor en el marco del SSO como pasa en este caso. En la sentencia referida se indica que: *“El señor Pablo Emilio Torres Garrido prestó sus servicios personales a la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander, a través de contratos de prestación de*

*servicios personales como médico desde el 26 de septiembre de 2003.”* y por tanto, en este caso si se habla de configuración de contrato realidad, lo que no puede predicarse en el asunto presente dada la naturaleza jurídica de la labor desarrollada por el demandante.

Por manera que, la vinculación del médico en SSO a la respectiva entidad de salud puede darse de la forma contractual que a bien tenga la misma entidad, contrato de trabajo, de prestación de servicios, legal y reglamentaria, etc, pero ello no implica que los derechos salariales y prestacionales del médico que cumple este requisito regulado actualmente en la ley 1164 de 2007 sean unos, o ninguno, por la forma de contratación adoptada, y por ende, puedan ser negados y desconocidos porque se utilizó la modalidad de contrato de prestación de servicios, porque como bien lo expresó el Consejo de Estado<sup>10</sup> *“no existe el obstáculo alegado para desconocer los derechos laborales del actor, garantizados, como se vio, de forma reiterada por la normativa que regula el Servicio Social Obligatorio. **Para la Sala, la vinculación de profesionales del SSO mediante contratos de prestación de servicios, para evadir la carga prestacional, desnaturaliza la institución estudiada.”***

Así las cosas, sea este también el momento para decir que, no obstante que la entidad demandada se quiera excusar en que, como la modalidad del contrato de prestación de servicios es una de las permitidas en la Resolución 1058 de 2015 para vincular a los médicos en Servicio Social Obligatorio, por tal razón no hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en favor del demandante, tal y como lo refirió el apoderado judicial de la ESE demandada en la Audiencia de Alegatos, lo cierto es que la forma de contratación no implica la anulación de los derechos laborales que tienen los médicos en prestación del SSO.

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, nazcan de ahí los derechos laborales y consecuencias jurídicas y prestacionales que la acreditación de tal hecho apareja.

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. Por ello, teniendo en cuenta lo

expuesto hasta aquí y, particularmente, las disposiciones que regulan la materia, es claro que las entidades al vincular profesionales para prestar el Servicio Social Obligatorio, deben contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso la remuneración de éstos puede ser inferior a la de los cargos de planta. *“Adicionalmente, según lo previsto en dicha Resolución, i) el profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc. y, ii) 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.”*, y por ello el Alto Tribunal Contencioso<sup>11</sup>, ha concluido que:

**“En ese sentido, encuentra la Sala que le asiste la razón al a-quo al considerar que el personal vinculado a una entidad pública bajo esta modalidad, tiene derecho a que se le reconozca y pague el mismo salario y demás prestaciones sociales que percibe un empleado público nombrado de manera ordinaria en la misma entidad; de no ser así, se estaría dando un trato desigual y discriminatorio que va en contra de la Constitución Política y la ley. 21 (...)”** (Negrita y subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, y dado que una de las pretensiones de la demanda es la “i) la declaratoria de existencia de relación laboral entre el Hospital y el señor Pinilla Zuleta durante el periodo antes citado”, para que como consecuencia de tal declaratoria se ordene el pago de lo demás solicitado, el Juzgado no accederá a dicha pretensión, porque según se vió, el derecho a recibir el pago de prestaciones sociales que devengan los demás servidores públicos de plantas de trabajo del nivel territorial es por disposición de la ley, no por la acreditación de los elementos del contrato de trabajo.

Por tanto, el Juzgado declarará la nulidad del oficio del 12 de mayo de 2017, en el que la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANÁ negó el reconocimiento de las prestaciones sociales al actor en razón a que: *“los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, los cuales comportan el cumplimiento de obligaciones con absoluta autonomía e independencia, que por disposición legal no le general el reconocimiento de las prestaciones sociales y salariales que se demandan en el escrito petitorio”*, habida cuenta que tales razones resultan insuficientes ante la protección salarial y prestacional que tiene este tipo de cargo, según se vio de la normatividad y de la jurisprudencia traída a colación.

## **5.7. Del Restablecimiento del derecho**

Ahora bien, al decretarse la nulidad del oficio precitado, se deberá estudiar la procedencia de los factores salariales cuyo reconocimiento es solicitado.

Sobre las prestaciones sociales solicitadas el actor pidió el pago de (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por prestación de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominicales, festivos”

En primer lugar, respecto a los recargos nocturnos y horas extras, al proceso solo fue allegado dos documentos que contienen unos turnos médicos, pero en el mismo no consta los nombres de las personas que estaban haciendo tales turnos, el mes y año en que se llevaron a cabo, ni se encuentran suscritos por algún funcionario.

Recuérdese que dicha prueba fue decretada de oficio por el Juzgado, y que la ESE demandada informó mediante oficio sin número del 8 de febrero de 2020, suscrito por el Gerente Encargado de dicha entidad, que de acuerdo a al Área de Gestión Documental de la ESE, no se encontraron archivos del Hospital San José durante el mes de agosto de 2015 y julio de 2016 (f. 178).

Así las cosas, no existe prueba que acredite el número o cantidad tanto de **horas extras, recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos**, que deben ser cancelados con precisión en el caso concreto, sin embargo, es bien sabido que tanto los médicos generales como los que prestan el servicio social obligatorio laboran bajo el esquema de turnos, los cuales pueden ser diurnos o nocturnos.

Para los empleados públicos que cumplen funciones en el campo médico o asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, el artículo 2 de la Ley 269 de 1996 determina que su jornada máxima podrá ser de 12 horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas.

Ahora bien, como se observa, en los términos del artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, dentro del límite de la jornada de 44 horas semanales, o de 66 horas semanales, para quienes cumplan actividades discontinuas o intermitentes, el jefe del respectivo organismo puede señalar los horarios de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor sin que, en ningún caso, dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras, según el artículo 36 y concordantes del mencionado decreto.

Adicionalmente, frente al sistema de turnos, aunque no existe norma específica que la regule para los empleados públicos, atendiendo la naturaleza del servicio público de salud y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada laboral del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir esta jornada en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

En el presente asunto el accionante no probó el horario en el que desempeñó su cargo, las horas extras laboradas ni la procedencia de los recargos nocturnos,

incumpliendo de esta forma su carga procesal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

En relación con la carga de la prueba dispone el artículo 177 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., que incumbe a las partes demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [Salto de ajuste de texto]

Por lo anterior no se efectuará condena alguna, por este concepto.

En cuanto a la **prima de servicios** está regulada en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, en los siguientes términos: [Salto de ajuste de texto]

*“Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

*Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.”.*

Por su parte, la prima de vacaciones está consagrada en los artículos 24 y 25 del Decreto 1045 de 1978, así:

*“ARTICULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.*

*ARTICULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.*

Finalmente, la prima de navidad fue establecida por el Decreto 1045 de 1978, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año.*

*La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.”.*

Bajo los supuestos normativos anteriores, procede el reconocimiento y pago de las diferencias dejadas de pagar correspondientes a primas de servicios, vacaciones, navidad y cesantías a que haya lugar, proporcionalmente por el período laborado, y en los términos legales.

### **Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en Pensiones**

[Salto de ajuste de texto]

La parte demandante solicitó que la entidad demandada *“reconozca y pague con destino al Sistema Integral de Seguridad Social, las cotizaciones correspondientes a salud, pensión y riesgos laborales a título de indemnización, cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2015, hasta el 31 de julio de 2016, las cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios”*

Sobre éste punto el Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2018 ordenó a la entidad demandada en dicho proceso, a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante por los periodos laborados por prestación de servicios para determinar si existía diferencia entre los aportes realizados por la demandante como contratista y los que se debieron efectuar, y en caso de que se comprobara efectivamente diferencia, procediera a 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 que para ello la demandante debía acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo de duración de los contratos, y en caso de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora. [Salto de ajuste de texto]

En éste caso no obran copias de las planillas de pago de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral, ni certificaciones emitidas por las entidades de salud, pensión y riesgos profesionales, que evidencien los pagos realizados a efectos de determinar la posible diferencia en los valores descontados; así como tampoco obra prueba del posible pago que hubiera asumido el demandante.

Por tanto, ante la falta de evidencia que corrobore que en efecto el demandante realizó tales aportes y el monto a que ascienden los mismos, éste deberá acreditar ante la ESE demandada las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social Integral durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, para que la ESE SAN JOSÉ le reconozca y pague en su favor, el valor que debía haber sufragado en salud, pensiones y riesgos profesionales como empleadora del demandante, de acuerdo a los porcentajes de ley en cada caso.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

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

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.

### **5.8. Excepciones.**

Considerando lo discurrido anteriormente, se declararán imprósperas las excepciones de **“Inexistencia contrato realidad”** y **“excepción genérica”**, pues la primera estuvo cimentando en el hecho de que al actor nunca se le pagaron prestaciones sociales pues lo que se cancela en el tipo de contrato celebrado, son honorarios, así como que nunca se pagó horas extras, dominicales o festivos, porque al tratarse de un contrato de prestación de servicios gozaba de autonomía para la ejecución del contrato y tales emolumentos solo son predicables de contratos de trabajo, porque como ya se vio, el derecho a recibir prestaciones sociales no deriva de que se haya suscrito un contrato de trabajo o de otra índole, sino de disposiciones legales que protegen el derecho de los médicos en servicio social obligatorio a contar con las mismas garantías salariales y prestacionales de los médicos de planta. Respecto de la excepción genérica, no se probó la existencia de algún hecho que ameritara su declaración, motivo por el cual no hay lugar a declarar la ocurrencia de excepción alguna.

### **5.9 Condena en costas**

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la entidad demandada.

Por agencias en derecho se fijará la suma de dos millones cuatrocientos noventa mil pesos m/cte (\$1.519.562) equivalente al 6% de las pretensiones solicitadas en la demanda, de conformidad con el artículo 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha de interposición de ésta demanda, conforme lo dispone el artículo 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

## **9. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales -Caldas, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **F A L L A**

**Primero: Declarar no probadas** las excepciones de **“Inexistencia contrato realidad”** y **“excepción genérica”**, formuladas por la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANÁ, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado por RAFAEL PINILLA ZULETA en contra de

la citada entidad, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo:** Declarar la **nulidad del oficio del 12 de mayo de 2017**, por medio del cual la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANÁ negó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas por el actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Tercero:** A título de restablecimiento del derecho, se **condena** a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DE SAMANÁ a pagar al señor RAFAEL PINILLA ZULETA, **las prestaciones sociales** que se le debieron pagar al personal de planta que desarrollaba iguales funciones o asimilabas, en especial la relativa a los empleados públicos del nivel territorial, tales como vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, auxilio de cesantías, prima de navidad, entre las demás que una ESE del mismo nivel territorial reconozca a los empleados públicos que laboren a su servicio bajo contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria, de acuerdo al tiempo y salario percibido en desarrollo de cada uno de los contratos celebrados entre **01 de agosto de 2015 al 31 de julio de 2016**, dineros que deberán ser indexados a la fecha en la cual quede ejecutoriada esta providencia.

**Cuarto: Negar** el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de recargo por trabajo nocturno, por extra diurno y trabajo dominical y festivo, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**Quinto: Ordenar** a la ESE SAN JOSÉ DE SAMANÁ que proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional<sup>12</sup> del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y en consecuencia proceda a reconocer y pagar en su favor, el valor que debía haber sufragado esa ENTIDAD como aportes a salud, pensiones y riesgos profesionales como entidad empleadora del demandante, de acuerdo a los porcentajes de ley en cada caso específico, y de acuerdo a los comprobantes que le aporte el señor Pinilla Zuleta, como prueba efectiva de las erogaciones efectuadas en salud, pensiones y riesgos profesionales.

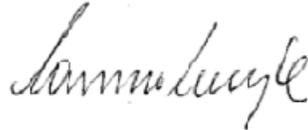
**Séptimo:** Con fundamento en el artículo 188 del CPACA se condena en costas a cargo de la entidad demandada.

Por agencias en derecho se fijará la suma de dos millones cuatrocientos noventa mil pesos m/cte (\$1.519.562) equivalente al **6%** de las pretensiones solicitadas en la demanda, de conformidad con el artículo 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha de interposición de ésta demanda, conforme lo dispone el artículo 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

**Octavo:** Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo de Justicia Siglo

XXI. De existir saldo en la cuenta de gastos, devuélvanse los dineros respectivos, luego de efectuar su liquidación por Secretaría.

**Notifíquese y cúmplase**



**Carlos Mario Arango Hoyos**  
**Juez**

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL  
CIRCUITO  
MANIZALES – CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica en el Estado No. 079 del

13 DE OCTUBRE DE 2020



PAULA ANDREA HURTADO DUQUE  
Secretaria