

RELACION DE TRABAJO – Existencia .No otorga la calidad de empleado público.

La existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES – Regulación legal. Objeto - Clases de empleados

En este orden de ideas, se entiende que el objeto de las empresas de servicios temporales es suministrar a un tercero la prestación de servicios temporales o transitorios de personas naturales, frente a las cuales la EST tiene la calidad de empleador, dicho tercero es calificado por la ley como el usuario quien es “toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.” (Art. 73). En las citadas empresas hay de un lado, trabajadores de planta, los cuales desarrollan su actividad en las dependencias propias de la empresa, y de otro, trabajadores en misión quienes son enviados por la empresa de servicios temporales a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos (art. 74).

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 - ARTICULO 71

CONTRATACION POR EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES – Límites. Primacía de la realidad sobre las formalidades

Es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 - ARTICULO 77

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO – Límites / EMPLEOS TEMPORALES- Creación para desempeñar actividades propias

La potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud mediante la contratación de terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones. En este orden de ideas, en criterio de la Sala, los procesos de “deslaborización de las relaciones de trabajo”, desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para “disfrazar” u “ocultar” la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y

el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales, porque atentan contra el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública. En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004

CONTRATO REALIDAD – Vinculación mediante empresa de servicios temporales. Primacía de la realidad sobre las formalidades

La administración recurrió indebidamente a la contratación con empresas de servicios temporales establecidas en la Ley 50 de 1990 para ocultar una verdadera relación laboral, en contravía de las causales de procedencia previstas en el artículo 77 ibídem, que autoriza esta modalidad de contratación cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, previstas en el artículo 6 del CST; empero, en el presente caso, fueron contratadas labores permanentes y propias de los empleos existentes en la planta de personal de las entidades públicas, en evidente contradicción al derecho al trabajo, el acceso a empleos públicos, el respeto por las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales del servicio público, la primacía de la realidad sobre las formas, y en general, con claro desconocimiento de los principios de la función pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 Y 53

INDEMNIZACION EN EL CONTRATO REALIDAD – Base de liquidación

Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, en tal sentido ha dicho la Sala que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios temporales. Valga aclarar que en algunas ocasiones, la Sala ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato. No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico general, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad.

PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Término

Si bien es cierto, la Sección se ha pronunciado para sostener que tratándose de una sentencia de carácter constitutivo como la presente, el derecho surge a partir de la misma y por ende, la morosidad empieza a contarse desde su ejecutoria, de suerte que, no hay lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama, también se ha precisado que, el contratista que solicita ante la administración el reconocimiento de una relación laboral y, en consecuencia, el pago de las prestaciones sociales derivadas de la misma debe hacerlo dentro de un término prudencial que, a juicio de la Sala, no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama. En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral.

INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE CESANTIAS EN EL CONTRATO REALIDAD - No reconocimiento

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es constitutiva del derecho y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013)

Actor: DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ

Demandado: E.S.E METROSALUD

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 5 de junio de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por el señor DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELÁEZ contra la Empresa Social del Estado METROSALUD.

ANTECEDENTES

El señor David Alejandro Jaramillo Arbeláez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del **oficio 2500 de 20 de marzo de 2012**, proferido por la Directora de Talento Humano de la ESE METROSALUD mediante el cual le negó la petición de 24 de febrero de 2012 encaminada al reconocimiento de derechos laborales.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Empresa Social del Estado METROSALUD a reconocer y pagar las cesantías, intereses a la cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de servicios, primas de navidad, primas técnicas, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud, la indemnización moratoria, derivadas de la relación laboral. Igualmente, solicitó la indexación de las sumas que se reconozcan y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Subsidiariamente, solicitó el reconocimiento y pago, a título de indemnización, de las sumas correspondientes a los derechos y prestaciones que le hubiesen correspondido como empleado público, así como la indemnización moratoria y la indexación.

¹ "ARTICULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)"

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Relata el actor que prestó sus servicios personales a la ESE METROSALUD del 16 de febrero de 2007 al 30 de junio de 2010, desempeñando funciones de médico general de tiempo completo, a través de las siguientes vinculaciones:

Modalidad de Vinculación	Contratante	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación
Contrato de Trabajo por obra o labor determinada	ASOINDUSTRIA	16 de febrero de 2007	27 de mayo de 2009
Contrato de Trabajo a término fijo	S Y A SERVICIOS	28 de mayo de 2009	13 de agosto de 2009
Contrato de Prestación de Servicios	ESE METROSALUD	14 de agosto de 2009	30 de junio de 2010

Manifiesta que cumplió las funciones asignadas bajo condiciones de subordinación propias de una relación laboral, siendo la ESE METROSALUD quien detentaba y ejercía el poder subordinante.

En desarrollo de sus funciones recibió órdenes, cumplió los turnos establecidos por el médico coordinador, acató los reglamentos y prestó los servicios en las instalaciones y con los elementos de trabajo suministrados por METROSALUD.

Indica que la forma como fue vinculado pretendió disfrazar una verdadera relación laboral entre las partes con el fin de evitar el pago de prestaciones sociales.

Sostiene que en la planta de personal de METROSALUD existe personal vinculado para atender las mismas funciones que le fueron asignadas con la diferencia de que el personal de planta si recibe prestaciones sociales.

Relata que durante la vigencia de los contratos de trabajo celebrados con las Empresas de Servicios Temporales, en adelante EST, ASINDUSTRIA y S Y A SERVICIOS, entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009, para prestar los servicios como médico general en la ESE METROSALUD, le fueron

reconocidas las prestaciones sociales establecidas para los trabajadores del sector privado y no las correspondientes a un empleado público médico de planta. Igualmente, indica que en desarrollo del contrato de prestación de servicios celebrado con METROSALUD del 14 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010, no le fueron reconocidas las prestaciones de orden legal, ni las propias del empleo de MEDICO GENERAL de la planta de personal de la entidad.

Informa que por los servicios prestados, recibió la siguiente remuneración mensual: 2007: \$3.146.171, 2008: \$3.278.000, 2009: \$3.530.000, 2010: \$5.295.581.

Afirma que en desarrollo de los contratos de prestación de servicios realizó la totalidad de los aportes para la seguridad social, sin que la ESE METROSALUD efectuara el aporte que le correspondía como empleador.

El 24 de febrero de 2012, presentó petición al Gerente de la ESE METROSALUD con el fin de obtener el reconocimiento de los derechos laborales.

Mediante Oficio 2500/4.3 de 20 de marzo de 2012, la entidad demandada dio respuesta negativa a la petición anterior con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Informa que agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Prejudicial, la que se declaró fallida el 14 de agosto de 2012.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política: artículo 53.

De orden legal: artículos 1, 5, 8, 12 y 17 de la Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966; artículos 5, 6, 8, 9, 11, 14 del Decreto 3135 de 1968; artículos 1, 2, 3, 5, 8, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 32, 33, 40, 42, 52, 58, 59 y 60 del Decreto 1045 de 1978.

Al explicar el concepto de violación se afirma en la demanda que con la expedición del acto acusado se vulneran los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades, igualdad, e irrenunciabilidad de los beneficios laborales, toda vez que las condiciones en que se prestó el servicio por parte del actor fueron las

propias de una relación laboral por lo que se afirma que hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales inherentes al vínculo laboral. Apoyó sus argumentos en la Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y en la jurisprudencia proferida por la Corporación.

Manifiesta la parte actora que el acto demandado incurrió en Falsa Motivación porque se fundó en una premisa que no se adecuaba a la realidad, toda vez que entre las partes existió una verdadera relación laboral en atención a las características específicas bajo las cuales se desarrolló. Aclaró que prestó los servicios personales en forma continua y subordinada, situación por la que tiene derecho a percibir las prestaciones sociales que se derivan de una relación de esta naturaleza.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado METROSALUD, por conducto de apoderada judicial contestó la demanda con los argumentos que a continuación se resumen (fs. 71 a 84).

Manifestó que los contratos celebrados con las empresas de servicios temporales EST ASINDUSTRIAS S.A. y SERVICIOS Y ASESORIAS S.A., están amparados por el Decreto 4369 de 2006 y el estatuto contractual de la ESE, que facultan a la ESE para contratar, a través de empresas de servicios temporales y personas naturales, los servicios para la ejecución de algunos procesos que se realizan dentro de la entidad, como el desarrollo de proyectos de salud para la población pobre y vulnerable de Medellín, debido a que el personal de planta no es suficiente para prestar estos servicios. Indicó que Metrosalud no contaba con personal suficiente para atender el servicio que debía ser cubierto las 24 horas.

Por otra parte, respecto del contrato de prestación de servicios celebrado directamente con el actor, anotó que no se presentó una relación de subordinación sino de coordinación para el cumplimiento del objeto contratado, el cual incluía recibir instrucciones impartidas por el supervisor, cumplir un horario como parte de una agenda previamente programada, cumplir las normas y protocolos de la entidad sin que ello implicara el sometimiento a las normas que regulan la

administración de personal al servicio del Estado o al régimen disciplinario, ético y penal propio de estos.

Afirmó el apoderado de la ESE METROSALUD, que la entidad pagó al actor la totalidad de los honorarios pactados, los cuales superaban el valor del salario básico de un médico general de tiempo completo de la planta de personal de esa entidad.

Como razones de defensa argumentó lo siguiente:

a).- Cumplimiento de los deberes legales y constitucionales de Metrosalud y consecuente inexistencia de obligaciones laborales derivadas de la seguridad social. Al respecto, sostuvo que la Ley 50 de 1990 y el Decreto reglamentario 4369 de 2006, regula las empresas de servicios temporales, las que son responsables de los salarios y prestaciones de sus trabajadores en misión.

Respecto del contrato de prestación de servicios celebrado directamente con el actor, afirmó que éste se rigió por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 por lo que no obedece a una relación laboral sino de prestación de servicios. Sostuvo que en desarrollo de tales contratos no se configuraron los elementos esenciales de una relación laboral

Manifestó que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 reguló lo atinente a la prestación de servicios de salud, y el artículo 195 ibídem, estableció el deber para las empresas sociales del Estado de establecer su propio régimen de contratación y ser autosostenibles, empleando las prerrogativas para contratar de manera más expedita y económica, por lo que METROSALUD tenía la potestad de celebrar los contratos de prestación de servicios con las empresas de servicios temporales.

b).- Falta de causa para pedir. Se afirma que el acto administrativo es legal porque no se configura ninguna de las causales de nulidad señaladas en el artículo 84 del C.C.A.

c).- Mala fe del demandante por reclamar la existencia de una relación laboral teniendo conocimiento de que los contratos celebrados con la ESE Metrosalud,

por ser contratos de prestación de servicios, no generan la existencia de relación laboral.

Por último, sostuvo que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, los derechos salariales y prestacionales derivados de los contratos de trabajo celebrados con las EST ASINDUSTRIAS y SERVICIOS Y ASESORIAS S.A. deben ser pagados por dichas empresas. En cuanto los presuntos derechos salariales y prestacionales derivados de los dos contratos de prestación de servicios personales celebrados con la ESE Metrosalud manifestó que debe descontarse del valor de la condena, el total de los honorarios pagados porque estos superan con creces la asignación básica de un médico de planta de la entidad. De otra parte, indicó que no debía reconocerse factores salariales como prima de servicios y prima técnica, toda vez que estos solo se reconocen a los empleados públicos del orden nacional, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978, y no se han hecho extensivos al orden territorial. Manifestó que tampoco es procedente la indemnización moratoria porque el actor no ostentaba la calidad de servidor público.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en la oportunidad prevista en el inciso final del artículo 181² del CPACA, profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fs. 188 a 202):

Sostuvo el Tribunal que el actor desarrolló sus funciones en igualdad de condiciones que los médicos de planta de la entidad, bajo la subordinación de la entidad demandada, presentándose los elementos esenciales de una relación laboral, razón por la cual reconoció la existencia del contrato realidad entre las partes durante el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de

² "Art. 181. Audiencia de Pruebas. (...) En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento del aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene."

junio de 2010, y como consecuencia, ordenó reconocer y pagar, a favor del actor, las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral.

En lo que respecta al periodo del 16 de febrero de 2007 al 13 de agosto de 2009, consideró el Tribunal que no se presentó una relación laboral entre el actor y METROSALUD porque durante dicho periodo, el actor celebró contratos individuales de trabajo con las Empresas ASINDUSTRIA y SERVICIOS & ASESORIAS S.A., en virtud de los cuales devengó un salario similar al de los médicos de planta de Metrosalud y prestaciones sociales, siendo tales empresas las responsables de las obligaciones laborales surgidas de la relación laboral con el actor.

Condenó a la ESE Metrosalud a pagar, a favor del actor, las prestaciones sociales propias del cargo desempeñado que no hayan sido devengadas, con base en el salario legalmente establecido para los médicos de planta de la entidad entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010, así como los porcentajes de cotización que le correspondían, de conformidad con la Ley 100 de 1993. Ordenó descontar de la condena impuesta, lo devengado por el accionante por concepto de honorarios durante dicho periodo, teniendo derecho al pago de la suma resultante.

Negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida, y condenó a la parte vencida en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.523.490, equivalente al 10% de las pretensiones reconocidas, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos (fls.209 a 218):

Solicitó modificar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad parcial del acto administrativo impugnado, para que en su lugar se declare la nulidad absoluta del mismo, y se ordene el restablecimiento del derecho por todo el tiempo en que el actor prestó servicios como MEDICO GENERAL en la ESE Metrosalud. Por lo anterior, solicitó **(i) reconocer** las prestaciones sociales desde el 16 de

febrero de 2007, cuando comenzó la prestación de sus servicios personales a la entidad; **(ii) revocar la** orden de descontar el valor de los honorarios recibidos como contraprestación del contrato de prestación de servicios, y **(iii) revocar la** decisión que negó el reconocimiento de la indemnización moratoria.

Argumentó que la facultad de contratar servicios personales a través de las empresas de servicios temporales reguladas por la Ley 50 de 1990 encuentra unas limitaciones en el artículo 77, entre ellas, cuando se trata de funciones permanentes. Manifestó que el artículo 13 del Decreto 0024 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, establece que si vencido el plazo de 6 meses y su prórroga la necesidad subsiste en la empresa usuaria, ésta no podrá prorrogar el contrato, ni celebrar uno nuevo con la misma o diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio, por lo tanto, al sobrepasar el término permitido por ley, Metrosalud adquirió la calidad de empleador del actor y como tal debe responder por las obligaciones laborales derivadas de los servicios que como MEDICO GENERAL el actor prestó directamente a la ESE entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009.

Respecto al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, manifestó que la conducta de la entidad, al haber quedado debiendo las prestaciones sociales al actor al terminar el vínculo laboral, constituye el presupuesto para que se le condene al reconocimiento de la referida indemnización.

AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 5 de agosto de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 192 del CPACA sin que las partes llegaran a un acuerdo sobre el cumplimiento de la condena razón por la cual se declaró fallida esta etapa procesal, ordenando continuar con el trámite del recurso de apelación presentado por la parte actora (f. 222).

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, emitió Concepto No. 333 en el que solicitó confirmar la sentencia apelada, con fundamento en las siguientes razones (fs. 247 a 256):

Expresó que demostrada la relación laboral entre las partes, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, surge el derecho del actor a recibir, a título de indemnización, el valor de las prestaciones sociales propias de esta relación.

Indicó que mientras el actor estuvo vinculado con las EST, se presentó una relación de trabajo que fue debidamente remunerada, y si lo pretendido es el reconocimiento de la condición de servidor público con fundamento en los argumentos expresados en el recurso de apelación, ello corresponde a otro proceso diferente.

Sobre el tema de los descuentos ordenados, expresó que la aceptación de la aplicación del principio de primacía de la realidad obedece a razones de igualdad y protección laboral y la referencia obligada para efectos de la indemnización es lo percibido por el personal de planta de la entidad.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el actor, debe la Sala resolver los siguientes interrogantes:

(i).- ¿En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la C.N., es posible declarar la existencia del contrato realidad entre las partes cuando la vinculación del actor al servicio de la entidad demandada ha sido a través de empresas temporales de servicio?

(ii) ¿Es procedente descontar el valor de los honorarios pagados por la ESE METROSALUD al actor como contraprestación de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010?

(iii) ¿Es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor del actor?

2.- Marco Jurídico y Jurisprudencial.

2.1.- El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

Esta Corporación ha sido insistente en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado³.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial*

³ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSE LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION.

protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La Sala⁴ también ha acudido a este principio constitucional en los casos de contratación de servicios personales por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado para señalar que es "inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto de desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador", proscribiendo los actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado que pretenden "disimular" el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre el trabajador y la entidad que se beneficia de la prestación del servicio personal.

Y en sentencia de 15 de junio de 2011, sobre la aplicación de este principio en las relaciones contractuales de servicios con terceros, la Sala⁵ expresó:

"La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.

Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor

⁴ Sentencia de 23 de febrero de 2011. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-0041-01 (0260-09). Actor: María Stella Lancharos Torres. Demandado: Hospital Engativá II Nivel ESE.

⁵ Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Actor: MANUEL ALEJANDRO FULA ROJAS. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL.

cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio”.

Bajo tal entendimiento, sostuvo la Sala que no es posible, por la formalidad del contrato de prestación de servicios, desconocer el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, así, concluyó la Sala en dicho pronunciamiento, que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó un contratista, **no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, está en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo. (Subraya la Sala).**

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, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, 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,⁶ 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.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.⁷

2.2.- Las reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º) ... ”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c)

⁷ En sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*“para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.*

Se tiene entonces que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

En la sentencia C-614 de 2009⁸, la Corte Constitucional destacó las reglas de especial protección constitucional a la relación laboral de los servidores públicos, así:

“i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público⁹ que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros)”.

Indicó la Corte que las reglas anteriores constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución Política.

2.2.1.- Limitaciones constitucionales a la utilización del Contrato de

⁸ En dicha sentencia se declaró exequible el último inciso del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968.

⁹ El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: “El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”

Prestación de Servicios. La Sala ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, en aras de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública.

Así las cosas, si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7¹⁰ del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002¹¹ y la Ley 734 de 2002¹², que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los

¹⁰ “(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**”

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

¹¹ “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.”

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. *A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (se subraya).*

¹² El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

2.3.- De la utilización de las vinculaciones temporales a través de las empresas de servicios temporales¹³ (EST)

En la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990 se explicó que uno de los propósitos de esta reforma laboral es proteger los derechos de los trabajadores que se están vulnerando por el abuso en la utilización de las vinculaciones temporales, en detrimento de la estabilidad en el empleo.¹⁴ En su artículo 71, dicha ley define las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan “la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”

En este orden de ideas, se entiende que el objeto de las empresas de servicios temporales es suministrar a un tercero la prestación de servicios temporales o transitorios de personas naturales, frente a las cuales la EST tiene la calidad de

¹³ Marco jurídico expuesto en la sentencia de 19 de febrero de 2014, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00055(1096-07). Actor: HUMBERTO ANIBAL RESTREPO VELEZ. Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTRO, en la cual se negó la solicitud de nulidad contra los numerales 3 y 4, y el parágrafo 1 del artículo 20 del Decreto 4369 de 2006.

¹⁴Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Compilación de la Reforma Laboral, Imprenta nacional, Bogotá, 1991. Pág.69:

“... El proyecto tiende a regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores. Se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con éstas, insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos (...)

Al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social se le faculta para ejercer funciones de vigilancia a fin de prevenir los abusos que frecuentemente se están denunciando en esta modalidad laboral”

“Pese a que la temporalidad apareció en el país en 1952, sólo se incrementa notoriamente a partir de 1980. Ha operado como un instrumento de administración de la inestabilidad. En la práctica desborda la noción de empleo de naturaleza rigurosamente temporal, hasta el punto que se ha desarrollado la costumbre de sustituir trabajadores permanentes por temporales.”

“En concepto de empleo temporal, transitorio o causal no es una herejía sino por el contrario un ingrediente importante y necesario del mercado del trabajo. No obstante, en el caso colombiano, ha terminado por convertirse en un mecanismo de administración de las rigideces normativas, desbordando la noción de temporalidad y significando esguinces a las disposiciones legales. En muchos casos, empresas temporales han surgido como filiales de organizaciones corporativas, convirtiéndose en un instrumento para debilitar la organización sindical, atenuar la carga prestacional y difuminar el contenido mismo de la ley.”

empleador, dicho tercero es calificado por la ley como el usuario quien es “toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.” (Art. 73).

En las citadas empresas hay de un lado, trabajadores de planta, los cuales desarrollan su actividad en las dependencias propias de la empresa, y de otro, trabajadores en misión quienes son enviados por la empresa de servicios temporales a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos (art. 74).

Ahora bien, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 establece los eventos de procedencia de la contratación de servicios a través de las empresas de servicios temporales EST así:

“Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

- 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.*
- 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*
- 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”*

Dichas causales de procedencia se fundamentan en la intención del legislador de proteger a los trabajadores temporales con el objeto de que los usuarios no burlen sus garantías laborales cuando en realidad requieren los servicios de trabajadores permanentes.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 1995¹⁵, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 consideró que la finalidad de esta norma es **“la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes”**. Del mismo modo, indicó la Corte Constitucional que las causales para la procedencia de esta figura, atienden a que el trabajo es un derecho que goza de especial protección del Estado (art. 25 CP) y a que éste tiene la obligación de proteger a las personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en tanto “en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último”.

Asimismo expuso la Corte que los límites trazados a la contratación de servicios temporales defienden la estabilidad en el trabajo e impiden que dicha contratación de naturaleza excepcional se convierta en la regla general.

En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 23 de marzo de 2000 advirtió sobre el carácter garantista de la regulación de las empresas de servicios temporales, que:

“Fue muy claro el legislador [Ley 50 de 1990], en la ponencia para segundo debate, en señalar normas muy precisas tendientes a la protección de los derechos de los trabajadores temporales, en cuanto a su remuneración, prestaciones sociales y salud ocupacional; así como en la prescripción de disposiciones relativas a la constitución y requisitos para el funcionamiento de las empresas temporales, con el fin de eliminar los abusos contra esta clase de trabajadores, que denominó el legislador “de planta” y “de misión”; por ello, se estableció taxativamente, con el fin de respetar el principio de “a igual trabajo igual salario”, que el personal temporal percibirá el mismo salario ordinario del trabajador contratado directamente por la empresa usuaria y que desempeñe idénticas funciones, haciendo la salvedad con respecto a diferenciales por razones de antigüedad.”¹⁶

¹⁵ M.P. Jorge Arango Mejía

¹⁶ M.P. Ana Margarita Olaya Forero, sentencia del 23 de marzo del 2000, proceso con radicado 570-98.

En criterio de la Sala, los eventos de procedencia de la contratación por empresas de servicios temporales que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 restringen la posibilidad de la administración pública para contratar el desarrollo de funciones **permanentes o inherentes al objeto social de la entidad**, pues en caso tal, se estarían desconociendo derechos de los servidores públicos, el derecho al trabajo y los fines de la administración pública, consagrados en los 25, 53, 123 y 125.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-774-11, sostuvo que ***“cuando el usuario requiera de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a otra forma de contratación diversa a la que se cumple a través de dichas empresas.”***

Bajo estos supuestos, es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

Debe insistir la Sala en el deber de la Administración Pública de observar las modalidades de vinculación del personal al servicio público previstas en la Constitución y la Ley, siendo la regla general, el vínculo laboral legal y reglamentario cuando se trata del desarrollo de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades estatales, de manera que se respeten los derechos laborales de los servidores públicos y se garantice el interés general mediante vinculaciones con personal idóneo y permanente para el desarrollo de la función pública.

2.4.- De los límites constitucionales y legales a la contratación de servicios personales con terceros en las Empresas Sociales del Estado

2.4.1. Límites constitucionales. La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el *Sistema General de Seguridad Social Integral*, en su artículo 194¹⁷ dispuso que los servicios de salud en todo el territorio nacional serían prestados en forma directa por la Nación o las entidades territoriales, a través de las *Empresas Sociales del Estado*, entendidas éstas como una categoría especial de entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de origen o creación legal.

En cuanto al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, el carácter de las personas vinculadas a estas empresas y el régimen contractual, es de señalar que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993¹⁸ estipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹⁹.

¹⁷ **ARTÍCULO 194. NATURALEZA.** *La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

¹⁸ **ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO.** *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

1. *El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".*
2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
4. *El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.*
5. *Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*
6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
7. *El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
8. *Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
9. *Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.*

ARTÍCULO 196. EMPRESAS SOCIALES DE SALUD DE CARACTER NACIONAL. *Transfórmense todas las entidades descentralizadas del orden nacional cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud, en empresas sociales de salud.*

¹⁹ **Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO.** *La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.*

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. *Para los solos efectos de esta ley:*

1o. *Se denominan entidades estatales:*

a) *La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades*

Sobre el régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. En este punto, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que “*son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones*”. Así mismo, es de mencionar que la Ley 1122 de 2007 en su artículo 27, introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE.

Ahora bien, respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en Sentencia C-171-12²⁰, la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

“...

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la

descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)

²⁰*En la citada sentencia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, y se consagra la posibilidad de operación con terceros para las Empresas Sociales del Estado, autorizando a las ESEs para que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.*

jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo (...)"

De acuerdo con lo anterior²¹, es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud mediante la contratación de terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando **(i)** no se trate

²¹ *Ibíd.*,

de funciones permanentes o propias de la entidad, **(ii)** cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o **(iii)** cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

En este orden de ideas, en criterio de la Sala, los procesos de “deslaborización de las relaciones de trabajo”²², desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para “disfrazar” u “ocultar” la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales, porque atentan contra el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública.

2.4.2. Límites legales: La Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionariales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

²² Expresión que denota el cambio contractual de contrato de trabajo por el contrato de servicio profesional.

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

3.- El Caso en estudio.

3.1. Hechos Probados.

Con la prueba documental y testimonial recaudada dentro del trámite procesal, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes para desatar los planteamientos del problema jurídico propuesto:

.- La vinculación laboral del actor con las empresas temporales de servicios.

En los folios 36 a 42 reposan los contratos de trabajo celebrados entre el actor y las Empresas de Servicios Temporales ASINDUSTRIA y S&A SERVICIOS & ASESORIAS S.A., de los que se desprende que el señor David Alejandro Jaramillo Arbeláez fue vinculado por las referidas empresas temporales de servicios bajo la modalidad de trabajador en misión para cumplir, en las instalaciones de la EMPRESA USUARIA ESE METROSALUD, las funciones de MEDICO GENERAL durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009.

.- La vinculación del actor con la Empresa Social del Estado Metrosalud. En los folios 43 a 49 obran los contratos de prestación de servicios Nos. 137 de 2009 y 356 de 2010, celebrados entre el actor y la ESE METROSALUD, con el fin de prestar los servicios profesionales de MEDICO GENERAL, durante el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010.

Las declaraciones testimoniales de KARLA NATALIA MURILLO TORO y GABRIEL QUIROGA QUEVEDO dan cuenta que el actor prestó sus servicios personales a la referida ESE, a través de contratos de prestación de servicios en las mismas condiciones que los médicos de planta de la entidad, esto es, en forma subordinada, bajo el cumplimiento de un horario, turnos de trabajo y las directrices de un superior jerárquico de METROSALUD (fs. 154 a 162).

La Directora Operativa de Talento Humano de METROSALUD certificó la existencia del cargo de MEDICO GENERAL de tiempo completo en la entidad, y los salarios asignados así (f.91):

2007: \$3.075.868.

2008: \$3.278.568

2009: \$3.540.854

2010: \$3.700.193

.- La reclamación en sede gubernativa fue elevada el 24 de febrero de 2012 (fs. 15 a 18) por el actor al Gerente de la ESE METROSALUD con el fin de obtener el

reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en las mismas condiciones que un MEDICO GENERAL de planta, y por todo el tiempo de prestación de los servicios a la entidad.

En respuesta a la petición elevada por el actor, la ESE METROSALUD expidió el oficio 2500/4.3 de 20 de marzo de 2012, mediante el cual negó la reclamación presentada, por considerar, entre otras razones, que resultaba improcedente reconocer prestaciones sociales derivadas del contrato de prestación de servicios con fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; en el mismo escrito, indicó que varios de los conceptos laborales pretendidos fueron debidamente pagados por ASOINDUSTRIA S.A. y S&A SERVICIOS, en calidad de empleadores (fs. 19 y 20).

3.2. Del fondo del asunto.

En primer lugar es necesario precisar que la sentencia objeto de impugnación, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, fue apelada por la parte actora en lo desfavorable, es decir, en cuanto: **(i)** no ordenó el reconocimiento de las prestaciones sociales por el lapso comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009, periodo en el cual el actor prestó los servicios a la entidad demandada como trabajador en misión vinculado a través de las empresas de servicios temporales ASINDUSTRIA y S&A Servicios y Asesorías S.A.(fs. 36 y 42), **(ii)** ordenó descontar de la condena el valor de lo recibido por concepto de honorarios y pagar sólo la diferencia resultante y **(iii)** negó el pago de la indemnización moratoria.

En este orden, el estudio de la Sala se contraerá a los **motivos de impugnación** propuestos por el apelante tal y como lo dispone el artículo 328²³ del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306²⁴ del CPACA en los aspectos no

²³ "Art. 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previsto por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior revolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

²⁴ "Art. 306 Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

regulados por ese código²⁵, precisando que por tratarse de apelante único no se podrá hacer más desfavorable la situación del apelante.

(i).- ¿En aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la C.N., es posible declarar la existencia del contrato realidad entre las partes, a pesar de la existencia de contratos de prestación de servicios con terceros?

La sentencia apelada no accedió a reconocer las prestaciones sociales a cargo de la ESE METROSALUD por el lapso comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009 por considerar que durante dicho periodo no se demostró la existencia de una relación laboral entre el demandante y la demandada, dado que los empleadores fueron las empresas de servicios temporales ASINDUSTRIA S.A y SERVICIOS & ASESORIAS S.A., las cuales efectuaron el pago de los salarios y prestaciones sociales al actor de acuerdo con lo afirmado en la demanda.

Como motivo de impugnación, el recurrente afirma que la entidad demandada transgredió lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 0024 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 503 de 1998 al contratar sus servicios como médico general a través de empresas de servicios temporales superando el término máximo consagrado en dicha normatividad, situación que conduce a que la

²⁵ Sobre la vigencia del Código General del proceso frente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 25 de junio de 2014, Radicación:25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), Número interno:49.299, **Demandante:**Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., **Demandado:** Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. C.P. Enrique Gil Botero, con fines de unificación jurisprudencial expresó que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena el 1º de enero del año en curso, por las siguientes razones: (i) El artículo 627 del C.G.P. está encaminado a regular una situación que únicamente se predica respecto de la Jurisdicción Ordinaria Civil, (ii) La Jurisdicción Ordinaria Civil es la única estructura de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en la que no ha entrado a regir –en el plano normativo– la oralidad como sistema para el trámite y desarrollo del proceso, (iii) El cuadro contenido en el Acuerdo PSAA13-10073 hace referencia a distritos judiciales distribuidos en “jurisdicciones municipales”, lo que significa que, conforme a un criterio finalístico o teleológico, su objetivo está encaminado a la Jurisdicción Ordinaria, (iv) La Jurisdicción Contencioso Administrativo desde la expedición de la ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral– razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del C.G.P., a partir del 1º de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que se supone ya deben existir. (v) Según el principio del efecto útil de las normas habría que darle la mejor interpretación al numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., en aras de evitar que esta jurisdicción tuviera que aplicar una norma de manera progresiva cuando ya se han dispuesto en todo el territorio nacional, al menos en el plano normativo, las exigencias para su aplicación, (vi) La hermenéutica expuesta es la que mejor se acompasa con los principios de eficiencia y celeridad a que hace referencia de la ley 270 de 1996 y sus modificaciones, (vii) Lo sostenido se refuerza con la expedición de la ley 1716 de 2014, del 16 de mayo de 2014, mediante la cual se modificó el párrafo del artículo 44 de la ley 1395 de 2010, en el sentido de prorrogar los plazos para la entrada en vigencia del sistema oral en la Jurisdicción Civil Ordinaria, hasta el 31 de diciembre de 2015.

En consecuencia, la Sala Plena unificó la jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

entidad demandada adquiera la calidad de empleador del trabajador en misión conforme lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; en ese orden, concluye que la ESE METROSALUD debe responder por el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas durante todo el tiempo en que el actor prestó sus servicios a dicha entidad, es decir desde el 16 de febrero de 2007, y no desde el 14 de agosto de 2009, como se ordenó en la sentencia.

Al respecto, del documento allegado al folio 36 se desprende que el 16 de febrero de 2007 el actor celebró contrato de trabajo con la Empresa ASINDUSTRIA S.A., con el fin de cumplir en las instalaciones de la Empresa Usuaría METROSALUD las funciones de Médico General de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por el tiempo estrictamente requerido y solicitado al empleador por la empresa usuaria, devengando un salario mensual de \$3.146.171. Asimismo se certifica por dicha empresa, mediante documento allegado al folio 38, que el actor devengó un salario mensual de \$3.278.000 en febrero de 2008, en desarrollo del mencionado contrato de trabajo.

Del folio 41, se desprende que ASINDUSTRIA S.A. le reconoció al actor por concepto de liquidación final de prestaciones sociales la suma de \$ 5'139.177, correspondientes a recargos nocturnos, horas extras, vacaciones, cesantías definitivas, intereses a las cesantías, prima de servicios y aportes a salud y pensiones, del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2008 y el 30 de septiembre de 2008.

Por otra parte, al folio 42 obra contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un (1) año celebrado entre la Empresa S & A Servicios & Asesorías S.A. y el actor, con el objeto de prestar los servicios personales como Médico en la Empresa Usuaría ESE METROSALUD, pactándose entre las partes un periodo de prueba de dos (2) meses, y un salario mensual de \$3.540.854.

Obran también a folios 43 a 49, los contratos de prestación de servicios Nos. 137 y 356, celebrados entre el actor y la ESE METROSALUD del 14 de agosto de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y su adicional del 01 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2010, y del 1 de marzo al 31 de agosto de 2010, respectivamente, con el objeto de prestar los servicios profesionales como Médico General.

A folio 91 la Directora Operativa de Talento Humano de la Empresa Social del Estado METROSALUD certificó la asignación básica mensual correspondiente al empleo de MEDICO GENERAL DE TIEMPO COMPLETO, durante los siguientes años: 2007: \$3.075.868, 2008: \$3.278.568; 2009: \$3.540.854, 2010: \$3.700.193.

Del acervo probatorio recaudado, es posible establecer que durante el periodo comprendido entre el **16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009**, el actor fue contratado laboralmente por las empresas de servicios temporales ASINDUSTRIA S.A. y SERVICIOS & ASESORIAS S.A., por espacio de dos años y medio, para prestar los servicios profesionales de MEDICO GENERAL a la empresa usuaria ESE METROSALUD, devengando un salario mensual correspondiente a \$3.146.171 en el año 2007, \$3.278.000 en el año 2008 y \$3.530.000 en el año 2009, así como las prestaciones sociales propias de la relación laboral.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala establecer, si pese a la utilización, por parte de METROSALUD, de Empresas de Servicios Temporales, para contratar los servicios personales del actor, durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009, existió entre éste y la ESE demandada una verdadera relación laboral de subordinación que dé lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales equivalentes a un empleado público con el mismo cargo y funciones.

Para la Sala es claro que la prestación del servicio por parte del actor a favor de la entidad demandada, se desarrolló con características propias de una relación laboral, por las siguientes razones: Las actividades desarrolladas como MEDICO GENERAL son permanentes e inherentes a los servicios de salud que debe prestar la Empresa Social del Estado METROSALUD, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad; se acreditó la existencia de cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad; las declaraciones testimoniales coinciden en afirmar que existía el cargo de médico de planta en la entidad porque habían médicos vinculados reglamentariamente que desarrollaban las mismas actividades y cumplían en igualdad de condiciones los turnos y funciones encomendados al actor; existió subordinación en la prestación del servicio porque el actor se encontraba sujeto al cumplimiento de las órdenes y directrices de la entidad, así como a los horarios y turnos de trabajo señalados por la ESE.

En tal sentido, la situación fáctica en que el actor prestó sus servicios personales a la entidad demandada como “trabajador en misión” por cuenta de las EST entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009 fue análoga a la que se presentó cuando fue contratado directamente por la ESE METROSALUD mediante contratos de prestación de servicios celebrados entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010, esto es, en forma subordinada, desarrollando funciones propias de la entidad, motivo por el cual no resulta razonable la decisión del A quo en cuanto negó la relación laboral entre las partes sólo por la existencia de los contratos de trabajo realizados con terceros, cuando en realidad, quedó demostrado que el actor durante todo el tiempo en que prestó sus servicios a la ESE METROSALUD, desarrolló su función en condiciones de subordinación, bajo las órdenes y directrices impartidas por la entidad demandada.

En el expediente resultan acreditados los elementos que caracterizan la relación laboral: (i) la prestación personal continua y permanente de los servicios por parte del actor, (ii) la existencia de superiores jerárquicos que supervisaban e impartían órdenes en el desarrollo de las funciones, (iii) el cumplimiento de un horario de trabajo, de unos turnos y jornadas de trabajo en las mismas condiciones establecidas para los médicos de planta de la entidad, (iv), el cumplimiento de las mismas funciones que los médicos generales de planta, (v) el pago de una remuneración por los servicios prestados, (vi) la existencia de una subordinación del actor a la entidad en el cumplimiento de sus funciones.

Aunado a lo anterior, la prueba testimonial recaudada, da cuenta de la subordinación del actor a una jornada de trabajo con una intensidad igual a la de los médicos de planta; el cumplimiento de turnos previamente asignados, órdenes y directrices impartidas por la entidad, así como la ausencia de autonomía e independencia del actor para ausentarse del sitio de labor sin previa autorización del Coordinador.

En este orden, se encuentra demostrado que el actor ejerció las mismas funciones desempeñadas por servidores de planta de la entidad, funciones que forman parte del “giro ordinario de su objeto” como es la prestación de servicios médicos, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que implican subordinación, las que no podían ser contratadas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios

conforme a las normas vigentes²⁶, ni mucho menos, mediante la contratación con empresas de servicios temporales²⁷ porque no se trata de labores ocasionales, accidentales o transitorias, ya que los servicios contratados contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos. Reitera la Sala que la labor que desarrollan los médicos de las Empresas Sociales del Estado son funciones permanentes e inherentes a la entidad y por lo tanto no pueden ser contratadas.

Las pruebas allegadas ponen en evidencia que, en el cumplimiento de sus funciones, el actor se encontraba bajo la dependencia y subordinación de la ESE METROSALUD y no de las EST que lo contrataron, por lo tanto, en el presente caso la vinculación mediante las EST resultó ser una manera de disimular el vínculo laboral que en realidad se presentó entre el actor y la entidad demandada. Así las cosas, contrario a lo afirmado por el A quo, concluye la Sala que entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009, sí existió una relación de trabajo entre el actor y METROSALUD, por las condiciones en que el demandante desarrolló la labor contratada, a pesar de la existencia de los contratos con la EST; para la Sala es claro que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada por el actor, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto el demandante prestó servicios médicos en la ESE METROSALUD de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.

Para la Sala no resulta acertado lo expuesto por el Tribunal al sostener que la existencia de los contratos con las EST durante dicho lapso de tiempo impidió la existencia de una relación laboral entre las partes, toda vez que, como se dejó expuesto en párrafos anteriores, en el proceso se demostró que la ESE METROSALUD actuó como verdadero empleador del actor al impartir órdenes, imponer horarios y ejercer un control en el cumplimiento del objeto contractual. Las pruebas allegadas demuestran que a través de la utilización las EST, la entidad demandada pretendió ocultar una verdadera relación laboral con el actor para el cumplimiento de funciones permanentes y propias de la entidad bajo condiciones de subordinación en igualdad de condiciones que los demás Médicos

²⁶ Se pueden consultar, entre otras disposiciones, las siguientes: artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, artículo 17 de la Ley 790 de 2002 y artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002.

²⁷ En armonía con el numeral 1 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990

de la planta de la entidad, lo cual resulta inconstitucional e ilegal por violar los derechos laborales del actor y los principios de la función pública.

En este punto conviene reiterar que la existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del mismo se dé a favor de un tercero, no impide que encontrándose reunidos los elementos que caracterizan la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.

Así las cosas, la administración recurrió indebidamente a la contratación con empresas de servicios temporales establecidas en la Ley 50 de 1990 para ocultar una verdadera relación laboral, en contravía de las causales de procedencia previstas en el artículo 77 ibídem, que autoriza esta modalidad de contratación cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, previstas en el artículo 6 del CST; empero, en el presente caso, fueron contratadas labores permanentes y propias de los empleos existentes en la planta de personal de las entidades públicas, en evidente contradicción al derecho al trabajo, el acceso a empleos públicos, el respeto por las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales del servicio público, la primacía de la realidad sobre las formas, y en general, con claro desconocimiento de los principios de la función pública.

Insiste la Sala en que los límites establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 impiden que la administración pública pueda hacer uso de esta figura jurídica para desarrollar funciones propias o permanentes, so pena de vulnerar los 25, 53, 123 y 125 de la Constitución, así pues, cuando requiera la prestación, en forma permanente, de funciones propias de la entidad en forma subordinada, debe acudir a las modalidades de vinculación de personal previstas en la Constitución y la Ley, para lo cual deberá contar con una planta de personal idónea y suficiente que le permita atender con calidad y eficiencia el servicio público que le corresponde, pudiendo para ello crear los empleos temporales necesarios, en los casos contemplados en la Ley 909 de 2004.

En conclusión, es claro que las empresas temporales de servicios se desarrollan bajo los lineamientos de la Ley 50 de 1990, sin embargo, si la empresa usuaria, en este caso, ESE METROSALUD, contrató los servicios profesionales del actor

utilizando esta figura, para desarrollar funciones permanentes y propias de la entidad, bajo condiciones de subordinación, como la imposición de órdenes, turnos, horarios y directrices para el cumplimiento de la función, “simulando” una verdadera relación laboral, opera el principio de primacía de la realidad sobre las formas, en virtud del cual, se impone el reconocimiento del contrato realidad entre el trabajador y la empresa usuaria, debiendo ésta asumir las responsabilidades patronales por la conducta desplegada en detrimento del trabajador.

La Sala recuerda que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros. Tampoco debe acudir a la utilización de figuras jurídicas de “*deslaboralización de las relaciones de trabajo*” para vincular personal que deba cumplir funciones permanentes y propias de la entidad, toda vez que dichas prácticas violan las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales de los servidores del Estado y los principios de la función administrativa al ocultar la verdadera relación de trabajo. Se insiste en que en estos casos, prevalecen los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó la administración para disfrazar la verdadera relación laboral en consonancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

.- Alcance de la indemnización cuando se reconoce la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad.

El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado la Sección, 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.”²⁸

²⁸ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Para que ello ocurra, se requiere, la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, así como el acto de nombramiento y su correspondiente posesión, situación que en el presente caso no se cumple.

Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, en tal sentido ha dicho la Sala que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios temporales.

Valga aclarar que en algunas ocasiones, la Sala ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato. No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico general, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad.

Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de indemnización al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema

Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

En el presente caso, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, hay lugar al pago, a título de

indemnización, de las diferencias por concepto de prestaciones sociales, entre lo recibido por el actor y lo que debió recibir en igualdad de condiciones que un empleado de la entidad que desempeñaba similar labor, por todo el tiempo de prestación de servicios (16 de febrero de 2007 a 30 de junio de 2010) y no solamente del 14 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010 como se ordenó en la sentencia apelada, razón por la cual se ordenará la modificación de la misma en lo pertinente al periodo que no fue reconocido. En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.

En ese orden de ideas, la indemnización a pagar será la siguiente:

- 1. Primer periodo: comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009 durante la vinculación laboral del actor con las empresas de servicios temporales EST.** Durante dicho periodo le fueron pagadas al actor las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo con las Empresas de Servicios Temporales - EST (fs. 34,35 y 41), razón por la cual, sólo le corresponde a la ESE METROSALUD pagar las diferencias que surjan a favor del actor, entre lo que recibió por concepto de prestaciones sociales por su vinculación con las EST y lo que debió recibir, en igualdad de condiciones, que un MEDICO GENERAL (empleado público) de la planta de personal de Metrosalud. Se ordena pagar sólo las diferencias que surjan a favor del actor, por cuanto no es procedente ordenar un doble pago por concepto de prestaciones sociales durante este periodo.
- 2. Segundo Periodo: comprendido entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010 durante la vinculación por contrato de prestación de servicios con Metrosalud.** Durante dicho periodo el actor solo recibió a título de contraprestación, los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, razón por la cual, le corresponde a la entidad demandada ESE METROSALUD reconocer al actor, como indemnización por los servicios prestados bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, las diferencias que surjan por concepto de

prestaciones sociales, en igualdad de condiciones, que un MEDICO GENERAL (empleado público) de la planta de personal de la entidad, por los períodos en los cuales se demostró la relación laboral, así como el pago de los aportes, en su debida proporción, a las entidades de Seguridad Social.

.- De la prescripción.

Si bien es cierto, la Sección²⁹ se ha pronunciado para sostener que tratándose de una sentencia de carácter constitutivo como la presente, el derecho surge a partir de la misma y por ende, la morosidad empieza a contarse desde su ejecutoria, de suerte que, no hay lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama³⁰, también se ha precisado³¹ que, el contratista que solicita ante la administración el reconocimiento de una relación laboral y, en consecuencia, el pago de las prestaciones sociales derivadas de la misma debe hacerlo dentro de un término prudencial que, a juicio de la Sala, no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama.

En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3)³² años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral.

²⁹ Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia 6 de marzo de 2008, Radicación número: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

³⁰ Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

³¹ En este mismo sentido, en sentencia de 9 de abril de 2014. Rad.0131-2013. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, se señaló: *"Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración."*

³² Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, Artículo 102: **"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** "1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Descendiendo al caso concreto, y teniendo en cuenta que, el señor David Alejandro Jaramillo Arbeláez culminó su relación contractual con la Empresa Social del Estado METROSALUD, el 30 de junio de 2010 y que su solicitud ante la referida entidad, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se radicó el 24 de febrero de 2012, dirá la Sala que no hay lugar a declarar prescritas las referidas prestaciones dado que, como quedó visto, su petición en tal sentido se registró dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual.

(ii) ¿Es procedente descontar el valor de los honorarios pagados por la ESE METROSALUD al actor como contraprestación de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010?

Respecto a si resulta procedente ordenar el descuento de los honorarios que la ESE METROSALUD le pagó al actor por los servicios prestados durante el período comprendido entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010, en primer lugar dirá la Sala que los mismos fueron recibidos como contraprestación por la labor desarrollada a favor de la entidad, en ese orden, deben ser imputados como parte de pago de la presente condena. Por lo anterior, la Sala revocará en lo pertinente el inciso segundo del numeral segundo de la sentencia apelada y ordenará pagar únicamente las diferencias que resulten entre lo que recibió el actor por concepto de honorarios, y lo que debió recibir, en igualdad de condiciones que un empleado de la planta de personal con las mismas funciones ejercidas.

(iii) ¿Es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor del actor?

Se precisa que **no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora** en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es

constitutiva del derecho y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.

En conclusión y de acuerdo con lo expuesto, se modificará la decisión de primera instancia, para en su lugar reconocer la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 16 de febrero de 2007 y hasta el 30 de junio de 2010 pues quedó demostrado que la contratación de los servicios profesionales del actor como MEDICO GENERAL, primero a través de las EST y luego mediante la contratación de servicios profesionales, fue utilizada con el fin de disfrazar la verdadera relación de trabajo existente entre el actor y METROSALUD, pues se probó que la labor contratada correspondía a funciones permanentes y propias de la entidad, fue desarrollada personalmente por el actor, en condiciones de subordinación a la entidad y en las mismas condiciones que los empleados de planta. Como consecuencia, se ordenará el reconocimiento de los derechos prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Los derechos económicos laborales que se reconocen son los establecidos en el acápite alusivo al alcance de la indemnización.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia de 5 de junio de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda instaurada por DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2500/4.3 del 20 de marzo de 2012, proferido por la Directora de Talento Humano de la ESE METROSALUD, por medio de la cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por el tiempo que laboró en la entidad desempeñando las funciones de Médico General de tiempo completo entre el 16 de febrero de 2007 y el 30 de junio de 2010.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO METROSALUD a reconocer y pagar, a favor del señor DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ, las diferencias que resulten por concepto de prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, así como el pago de los aportes durante los periodos no cotizados a las entidades de Seguridad Social, en su debida proporción, como a continuación se indica: 1.**Primer periodo:** Es el comprendido entre el 16 de febrero de 2007 y el 13 de agosto de 2009 durante la vinculación laboral a través de empresas de servicios temporales. Se condena a la ESE METROSALUD a pagar las diferencias que surjan entre lo que recibió el actor por concepto de prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo con las EST (empresas de servicios temporales) y las que debió recibir en igualdad de condiciones que un MEDICO GENERAL (empleado público) de la planta de personal de la entidad demandada, con similares funciones. No se ordena el pago de aportes a la Seguridad Social en razón a que el mismo fue realizado en su debida oportunidad por las empresas de servicios temporales. (ii) **Segundo periodo:** Es el comprendido entre el 14 de agosto de 2009 y el 30 de junio de 2010 durante la vinculación del actor por contratos de prestación de servicios directamente con METROSALUD. Se condena a la ESE METROSALUD a pagar al actor las diferencias que surjan por concepto de prestaciones sociales en igualdad de condiciones que un MEDICO GENERAL (empleado público) de la planta de personal de la entidad.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

En lo demás, confirmase la sentencia de primera instancia.

Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** el contenido de esta providencia al Tribunal de origen y devuélvase el expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCON (E)