



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 10 de octubre de 2018

Radicación No. 170012333000201400475 01 (4089-2017)
Actor: Jorge Luis Buitrago López
Demandado: Departamento de Caldas, Hospital Departamental San José de Marulanda E.S.E.
Trámite: Ley 1437 de 2011
Asunto: Recargos salariales y prestaciones sociales / Nivel territorial.

I. ASUNTO¹

1. Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de la demanda², incoada por el señor Jorge Luis Buitrago López contra el Departamento de Caldas y el Hospital Departamental San José de Marulanda E.S.E., encaminada al reconocimiento y pago de unos recargos salariales (compensatorios, horas extras nocturnas, dominicales y festivos), así como las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 5 de junio de 2012 y el 8 de abril de 2013.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

a. Declarar la nulidad del Oficio SP 102 del 3 de febrero de 2014, mediante el cual, el Secretario de Planeación Departamental de Caldas negó el reconocimiento y pago de los recargos salariales reclamados por el actor (compensatorios, horas extras nocturnas, dominicales y festivos).

¹ Según informe secretarial del 4 de mayo de 2018, visible a folio 278.
² Visible a folios 52 a 60 y 72 a 73.

- b. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a las entidades demandada a reconocer y pagar al actor, los siguientes emolumentos salariales, sobre la base de \$4.771.999,00: (i) Compensatorios x 41 días; (ii) Horas extras nocturnas x 564; (iii) Dominicales x 42 días; y (iv) Festivos x 26 días.
- c. Así mismo le paguen los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 5 de junio de 2012 y el 8 de abril de 2013, así: (i) Prima de servicios; (ii) Cesantías; (iii) Intereses de las cesantías; (iv) Vacaciones y; (v) Sueldo del 1º al 8 de abril de 2013.
- d. Solicitó que las sumas adeudadas se paguen indexadas, y por último que sean condenadas en costas.

2.2. Fundamentos fácticos.

2. Para mejor comprensión del asunto, la Sala resume los supuestos fácticos relevantes descritos por la parte demandante así:

- a. Señaló, que el accionante se vinculó al Hospital San José de Marulanda en el cargo de Director de Hospital Departamental San José de Marulanda E.S.E., el cual desempeñó entre el 5 de junio de 2012 y el 8 de abril de 2013, con un sueldo de \$3.571.000, más \$1.200.000 por concepto de viáticos, cuyas funciones desempeñadas comprendieron la atención al público en el tema de salud en Montebonito, así como el manejo de comités médicos y demás labores administrativas.
- b. Indicó, que para la época en que fungió como director de la mencionada entidad de salud, ésta no contaba con el personal médico suficiente para atender las necesidades de consulta externa, urgencias y sala de partos, razón por la cual, atendió tales servicios dado que es profesional de la medicina, situación que le conllevó a permanecer gran cantidad de tiempo en dicha institución, sin que le pagaran las prestaciones sociales, tales como las cesantías y sus intereses, y las primas de servicios y vacaciones.
- c. Por otro lado afirmó, que el nuevo director del hospital ejercería el cargo a partir del 1º de abril de 2013, pero se posesionó el día 8 de la misma calenda,

situación que en su parecer consideró debía seguir desempeñando dicho empleo para no dejarlo vacante, período que reclama le sea pagado por la E.S.E. Hospital San José de Marulanda.

d. Precisó, que el demandante presentó petición el 15 de mayo de 2013 al Hospital San José de Marulanda para obtener el pago de 41 días compensatorios y el 75% de los dominicales y festivos conforme al artículo 172 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo, y afirmó que los primeros fueron reconocidos el 4 de abril de 2013 por parte del Jefe de Sección Administrativa de la mencionada entidad, y la negativa de los otros emolumentos mediante escrito del 3 de febrero de 2014, emanado del Secretario de Planeación Departamental de Caldas.

2.3. Normas vulneradas y concepto de la vulneración

3. Adujo que la decisión de la administración de negar los emolumentos solicitados vulnera los Decretos 1042 de 1942, 1713 de 1970 y 4792 de 2011, que contemplan el pago de los compensatorios, dominicales, festivos y horas extras, para los servidores del Estado, así como los artículos 158, 159, 172 a 174, 186, 249, 286 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.4. Contestación de la demanda

4. El Hospital San José de Marulanda E.S.E.³ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, de la siguiente manera: frente a los hechos, indicó, que el demandante fungió como Gerente (e) de la E.S.E. según Resolución 2758 del 1º de junio de 2012 y Acta de Posesión 140 del 4 de junio de 2012 y renuncia aceptada con la Resolución 2316-5 del 2 abril de 2013, lo cual indica que no es posible que haya laborado hasta el 8 de abril de 2013, y precisó, que por el período mencionado, le fueron canceladas las cesantías y sus intereses, la prima de servicios, las vacaciones y la prima de vacaciones, sobre un sueldo de \$3.543.738,00, mediante los actos administrativos 21 y 22 del 12 de marzo de 2014, aclarando que las cesantías fueron consignadas y canceladas al Fondo de Pensiones Porvenir mediante oficios del 18 de enero y 3 de abril de 2013. Indicó que los viáticos no son

³ Folios 102 a 116.

permanentes como lo asegura el actor, pues sólo median por acto administrativo frente a una situación concreta que se autoriza bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

5. Indicó, que la vinculación legal y reglamentaria que ostentó el demandante en el cargo de gerente de la E.S.E., no permite que pueda ser contratado por prestación de servicios para desarrollar actividades misionales de médico, dada su condición de empleado público, cuyas funciones son administrativas contempladas en la Ordenanza 596 de 2008.

6. Frente a los recargos salariales, adujo que dada su condición de empleado directivo, no predomina el horario de trabajo, razón por la cual no tiene asidero dicha reclamación, conforme a lo dispuesto en los artículos 31, 36, 39 y 40 del Decreto 1042 de 1978, aunado a ello, no obra prueba en el proceso donde se demuestre que no disfrutó de sus días de descanso obligatorio.

7. El Departamento de Caldas a través de apoderado también se opuso a las pretensiones de la demanda⁴, concordando con la defensa presentada por la E.S.E., y recalcó además, que de acuerdo con la Ordenanza 596 de 2008, la disponibilidad horaria del gerente debe ser permanente, ya que se trata de un cargo directivo, de conformidad con el Decreto 785 de 2005; y cuyas funciones son incompatibles con las actividades propias del ejercicio de la medicina. Así mismo, señaló, que es el gerente quien presenta el presupuesto a la junta directiva para su aprobación, razón por la que es el demandante quien no diseñó los rubros que está reclamando. Por otro lado, solicitó que se declare la nulidad del acto acusado, pero por incompetencia del funcionario que lo expidió, quien al parecer dio respuesta a la petición del actor por pertenecer a la junta directiva de la E.S.E., correspondiendo a su gerente.

8. Por otro lado, adujo que el demandante debió atacar la nulidad del acto administrativo mediante el cual le fueron liquidadas sus prestaciones sociales, y no el que le negó los compensatorios, pues de aquel parte para solicitar emolumentos adicionales.

⁴ Con escrito visible a folios 130 a 136.

9. Finalmente, afirmó que al demandante le fueron pagadas todas las prestaciones sociales, y se opone a la indexación, comoquiera que el artículo 13 del acuerdo de reestructuración económica firmado en octubre de 2012 entre el Departamento de Caldas y el Ministerio de hacienda y Crédito Público, establece que no se pagarán intereses, indexación, costas y demás, en los procesos cuyos hechos ocurrieran antes de su firma, como es el presente caso.

III. SENTENCIA APELADA⁵

10. El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia escrita del 27 de julio de 2017 negó las pretensiones y condenó en costas al demandante.

11. En síntesis, el tribunal hizo una relación de los medios probatorios allegados al expediente, e indicó, que el actor fue encargado como Gerente del Hospital San José de Marulanda E.S.E. del Departamento de Caldas según Resolución 2758 de 2012, posesionado según Acta el 4 de junio de 2012, y se le aceptó renuncia el 2 de abril de 2013 según Resolución 2316-5 de la misma fecha, período durante el cual devengó salarios, y le fueron canceladas las primas de navidad y de vacaciones, vacaciones, las cesantías y sus intereses, conforme a las Resoluciones 21 y 22 del 12 de marzo de 2014, y 008 de 2013, y a los oficios de enero y abril de 2013.

12. Preciso que fue vinculado como empleado público en el cargo de gerente de la mencionada E.S.E., y que su condición le impedía a la vez ser contratista del Estado para desempeñarse como médico.

13. Frente a la reclamación de los recargos salariales (compensatorios, horas extras nocturnas, dominicales y festivos), señaló, que conforme al Decreto 785 de 2005 y a la Ordenanza 596 de 2008, el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Departamental San José de Marulanda es de carácter directivo, que requiere dedicación exclusiva y disponibilidad permanente, y por ello, no tiene derecho a dichos emolumentos, y señaló, que los compensatorios no fueron reconocidos como lo afirma el demandante, de acuerdo con lo dicho en el acto acusado. Con relación

⁵ Folios 841 a 872.

a la prima de servicios, además de lo anterior, sostuvo, que la Ley 10 de 1990 y el Decreto 1919 de 2002, extendieron a los empleados públicos territoriales sólo el régimen prestacional (no salarial contemplado en el Decreto 1042 de 1978, con el aditamento de que las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo citadas, no son aplicables al actor en su condición de empleado público.

IV. RECURSO DE APELACIÓN⁶

14. El apoderado de la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda⁷, planteando dos argumentos:

i) Afirmó que durante el tiempo que laboró como Director del Hospital San José de Marulanda E.S.E., le fueron reconocidos los recargos salariales que reclama, es decir, los 41 días compensatorios, 564 horas extras nocturnas, 42 dominicales y 26 festivos, y que por lo tanto, es inaceptable que la entidad se abstenga de su pago por el hecho de no contar con la disponibilidad presupuestal.

ii) Insistió en que le sean reconocidas las remuneraciones por las labores desempeñadas como médico, durante las jornadas de descanso del empleo de Director del Hospital San José de Marulanda E.S.E., indicando que de manera simultánea laboró en ambos cargos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

15. Las partes guardaron silencio, y el **Ministerio Público** no rindió concepto en esta oportunidad⁸.

⁶ Folios 877 a 883.

⁷ Folios 256 a 267.

⁸ Según informe secretarial del 4 de mayo de 2018, visible a folio 278.

VI. CONSIDERACIONES

16. Visto el trámite del proceso y por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede esta Sala a proferir la decisión que en derecho corresponde.

6.1. Problema Jurídico.

17. De acuerdo con los cargos formulados por el apelante contra la sentencia de primera instancia, la Sala encuentra que el asunto se contrae a determinar, si una persona vinculada mediante una relación legal y reglamentaria como directivo de una Empresa Social del Estado, le es dable reclamar los salarios y prestaciones sociales por actividades no comprendidas dentro de la competencia del mencionado cargo, al considerar que por necesidades del servicio tuvo que prestar sus servicios como médico en sus horas de descanso, esto es, por servicios asistenciales.

18. Para resolver lo anterior, la Sala analizará; i) Del régimen laboral de los empleados de las Empresas Sociales del Estado; ii) La prohibición de desempeñar más de un empleo público y/o de recibir doble asignación del tesoro; para luego dar, iii) solución al caso concreto.

6.1.1. Del régimen laboral de los empleados de las Empresas Sociales del Estado.

19. La Ley 489 de 1998⁹ dispuso en el artículo 68¹⁰ que las Empresas Sociales del Estado es una de las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva, creadas

⁹ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Artículo 68°.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas

por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud (At. 83) sujetas al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, a la Ley 344 de 1996, en la presente ley en los aspectos no regulados por las anteriores, y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

20. La Ley 100 de 23 de diciembre de 1993¹¹, dispuso en el artículo 194, que *«[l]a prestación de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará en forma principal, por las empresas sociales del Estado, que éstas 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.»*

21. En cuanto al régimen jurídico aplicable, el artículo 195 ibídem, reglamentado por los Decretos 1876 de 1994¹² y 1919 de 2002¹³, señaló que su nombre deberá mencionar siempre la expresión *«Empresa Social del Estado»*, su objeto es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social, que tendrán una junta o consejo directivo y su director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la ley mencionada, es decir, por el jefe de la entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, según la Ley 60 de 1993¹⁴ y a la reglamentación que el Gobierno Nacional expida, de terna que presente la junta directiva, constituida según lo dispone la Ley 10 de 1990. También contempló la Ley 100 de 1993¹⁵, que las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de

señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. [...]

¹¹ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

¹² Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado.

¹³ Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.

¹⁴ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Ib.

Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud y que los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

25. El artículo 30 de la Ley 10 de 1990²¹, señala, que los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley que dispuso lo siguiente:

Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se hayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de los servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación.

A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles del orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho a ingresar a ella, respectivamente.

En los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella.

26. Ahora, respecto del régimen salarial las prestaciones sociales de los empleados territoriales, el Decreto Ley 1042 de 1978²², en principio rigió para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional; no obstante, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992²³ hizo extensivo a los servidores de las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en

²¹ «Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones.»

²² «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.»

²³ «Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales».

empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

22. Sin embargo, el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016¹⁶ consagró que los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel nacional serán nombrados por el Presidente de la República y los del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de formación académica y experiencia establecidos en el artículo 22 del Decreto Ley 785 de 2005¹⁷ y la evaluación de las competencias que señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante la Resolución No. 680 de 2016¹⁸.

23. De ésta manera se modificó el mecanismo de selección de los directores de los hospitales públicos, quienes venían siendo elegidos previo concurso de méritos: la Junta Directiva conformaba una terna con los concursantes que obtenían las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado y el nominador designaba en el cargo de gerente o director a quien hubiere alcanzado el más alto puntaje en la lista de elegibles.

24. El Decreto 1876 de 1994¹⁹ que reglamentó los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, dispuso en el artículo 15, que el régimen jurídico de los actos de las E.S.E. se sujetan al propio de las personas de derecho público, con las excepciones de ley; en el artículo 16, contempló que el régimen de los contratos es el derecho privado, salvo la utilización de las cláusulas exorbitantes previstas en el régimen de contratación de la administración pública; y el artículo 17 sobre el régimen personal estableció que sus servidores tendrán el carácter de empleado público o de trabajadores oficiales en los términos del artículo 674 del Decreto Ley 1298 de 1994²⁰, y dispuso que hacen parte de la estructura administrativa de la

¹⁶ Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones.

¹⁷ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

¹⁸ <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/red/publicaciones/nombramiento-de-gerentes-o-directores-de-las-empresas-sociales-del-estado> [Recuperado]

¹⁹ Ib.

²⁰ «Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud.» Que en su artículo 722, dispuso que este estatuto incorpora y sustituye entre otras leyes, la Ley 10 de 1990, excepto los artículos 40, 44, 45, 46, 47, 50 y 52.

la norma precitada, en los Decretos Ley 2400²⁴ y 3074 de 1968²⁵ y las Leyes 13 de 1984²⁶ y 61 de 1987²⁷.

27. La extensión de la anterior normativa fue reiterada por el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 443 de 1998²⁸, cuando previó que «[...] *Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.*», dentro de los cuales se encuentran los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y en sus entes descentralizados.

28. Lo anterior fue reconocido en la sentencia de 21 de noviembre de 2013²⁹ proferida por la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuando dijo que «[...] *sobre el tema dirá la Sala que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien tal precepto en un comienzo rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas, no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2044 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987; tal normatividad fue reiterada igualmente por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998.*»

29. Es pertinente precisar, que la Ley 443 de 1998 fue derogada por la Ley 909 de 2004³⁰, con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82, pero en relación con la ordenación de la jornada laboral, esta última consagró en su artículo 22 lo siguiente:

²⁴ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

²⁵ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

²⁶ por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa.

²⁷ por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones.

²⁸ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

²⁹ Rad. 0267-2013, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:

- a) Empleos de tiempo completo, como regla general;
- b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, **de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya.** (destaca la Sala).

30. Se colige entonces, que el régimen de jornada laboral regulado por el Decreto 1042 de 1978³¹, también es aplicable a los empleados territoriales, que en su artículo 33, prevé la jornada máxima de trabajo así:

De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. [...]

31. Conforme a lo anterior, las actividades que sean de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana, lo cual fue precisado por ésta Sección en sentencia de 12 de febrero de 2015,³² en la que determinó, que el límite máximo legal de 66 horas semanales sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

32. Otro punto es el relacionado con las horas extras, que corresponden al trabajo que se presta en horas distintas a la de la jornada ordinaria laboral, y se encuentran reguladas en los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 1042 de 1978³³ así:

³¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

³² De la Subsección B, Rad. 1046-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

³³ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Artículo 36.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

- a) Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.
- d) En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.
- e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Artículo 37.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

33. Sobre los recargos nocturnos, el Decreto Ley 1042 de 1978³⁴ en su artículo 35 dispone, que se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les

³⁴ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual. Dijo textualmente la disposición:

De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluya horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

34. Por su parte, el artículo 39 ibídem, respecto de los recargos dominicales y festivos, y compensatorios, establece:

Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, **los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.**

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos.» (Resalta la Sala)

35. Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200% más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

36. En definitiva, la jornada ordinaria consta de 44 y para los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de 12 horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Es así, que cuando se superan éstos límites, el empleador deberá reconocer al empleado los recargos salariales explicados en precedencia.

37. Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978³⁵ estableció el régimen prestacional de los servidores públicos, y señaló en el artículo 5° las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos, tales como, la asistencia médica, vacaciones, primas de vacaciones y de navidad, auxilio por enfermedad, auxilio de cesantías, y las pensiones de jubilación y de vejez, el seguro por muerte y el auxilio funerario.

6.1.2. La prohibición de desempeñar más de un empleo público y/o recibir doble asignación del tesoro.

38. La Constitución Política de 1991, dispuso en el artículo 128, que «[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas »

39. La norma transcrita consagra una prohibición para desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos, y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado; y faculta al legislador para establecer expresamente las excepciones a dicha incompatibilidad definiendo lo que debe entenderse por tesoro público.

40. Mediante la Ley 4ª del 18 de mayo 1992, el Congreso de la República señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros de esa Corporación y de la Fuerza Pública, y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, y a su vez dictó otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales, e) y f), de la Constitución, y consagró en el artículo 19 algunas excepciones a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, el cual dice:

³⁵ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;**
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades. (Negritas son propias)

41. El artículo precedente fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-133 de 1º de abril de 1993, al considerar que «[...]reproduce la prohibición constitucional establecida en el artículo 128, en el sentido de prohibir el desempeño simultáneo de más de un cargo público, como el recibo de más de una asignación que provenga del tesoro público, y señala además los casos en los cuales no opera dicha regla general, todo ello como desarrollo fiel de la competencia que le asignó el Constituyente al legislador en el citado canon constitucional [...]».

42. Resulta claro, que ningún servidor puede recibir más de una asignación del tesoro público ni desempeñar simultáneamente más de un cargo público, salvo las excepciones previstas en la ley, entre las cuales, se establecieron, las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa; las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública; las percibidas por concepto de sustitución pensional; los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud; los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas; las que a la fecha de entrar en vigencia la

Ley 4ª de 1992³⁶ benefician a los servidores oficiales docentes pensionados, con la previsión, de que no podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

43. De lo anterior encuentra la Sala, que atendiendo la excepción consagrada en el literal d) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992³⁷, un empleado público puede percibir doble **asignación** del tesoro, siempre y cuando una de ellas se trate de honorarios por concepto de servicios profesionales de salud, es decir, los que se reciben por el pago de las actividades ejecutadas bajo una contratación de prestación de servicios profesionales regulados en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993³⁸ que los define de la siguiente manera:

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

44. La anterior disposición ha sido reglamentada en varias disposiciones normativas³⁹, que a lo largo del tiempo han sido objeto de derogación, modificación, y finalmente vigente en el Decreto 1510 de 2013⁴⁰, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015⁴¹, bajo el mismo entendido que históricamente ésta clase de contratos ha sido resguardada desde el Estatuto Nacional de Contratación. Dice el artículo del compendio dispositivo:

Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales

³⁶ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³⁷ Ib.

³⁸ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

³⁹ Decretos 855 de 1994, 1737 de 1998, 2209 de 1998, 2170 de 2002, 066 de 2008, 2474 de 2008, 4266 de 2010, 734 de 2012, entre otros.

⁴⁰ Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

⁴¹ Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.

45. Ahora bien, conforme a lo dispuesto en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993⁴², los contratos que celebren las entidades constarán por escrito, comprenderán las estipulaciones de acuerdo con las normas civiles, comerciales y demás de ley que correspondan a su esencia y naturaleza, y se entenderá perfeccionado cuando se logre acuerdo entre las partes contratantes sobre el objeto y la contraprestación y siempre que se eleve a escrito.

46. Al respecto, concluye la Sala, que la prestación de servicios profesionales de salud, debe contar por escrito, y es compatible con el ejercicio del empleo público, siempre y cuando las labores del cargo no se vean afectadas por la ejecución del contrato regulado por la Ley 80 de 1993, y se atenga al cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992⁴³, es decir, que no reciba honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

47. Por otro lado, la Ley 269 de 1996⁴⁴, que reguló parcialmente el artículo 128 constitucional en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público, señaló, que el personal de salud que cumpla de forma directa funciones de carácter asistencial en entidades prestadoras de dicho servicio, podrá

⁴² Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

⁴³ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁴⁴ Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público, en una jornada máxima de 12 horas diarias sin exceder de 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de su vinculación, sin que exista concurrencia de horarios entre uno y otro empleo. (Arts. 1º, 2º y 3º).

48. También previó, que las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán adecuar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector, modificando las jornadas a las establecidas en la presente Ley, mediante el traslado horizontal a un cargo de igual grado, nivel y remuneración acorde con la jornada establecida, pudiendo disminuir o aumentar la intensidad horaria según el caso, siempre que las circunstancias del servicio lo permitan. Lo anterior no implica disolución del vínculo laboral, pérdida de antigüedad, ni cualquier otro derecho adquirido por el funcionario. (Art. 5)

49. Se puede señalar, que ante el interrogante planteado por el Ministro de Salud y Seguridad Social ante el Consejo de Estado, respecto a la situación de los médicos a quienes el artículo 2º de la Ley 269 de 1996⁴⁵ les permite desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público frente a la prohibición constitucional de la doble asignación (art. 128 C.N.), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitió Concepto 880 del 27 de agosto de 1996⁴⁶, en el que indicó:

Con respecto a los médicos se presenta una situación semejante a la de los profesores de cátedra: ya se afirmó que el artículo 128 de la Constitución prohíbe el desempeño simultáneo de más de un empleo público; igualmente "recibir más de una asignación del tesoro público"; pero la misma disposición constitucional faculta al legislador para que en casos especiales se disponga otra cosa. Y es precisamente lo que ocurre con lo previsto en la ley 269 de 1996, "por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política", en relación con quienes prestan sus servicios de salud en las entidades de derecho público. En efecto, en su artículo 2o. se permite al "personal asistencial que preste directamente servicios de salud" para que pueda "desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público".

[...]

Los médicos que presten servicio de salud podrán desempeñar más de un empleo de su especialidad en diversas entidades de derecho público, con derecho a las correspondientes prestaciones sociales, ciñéndose a las prescripciones legales que rigen la materia (artículo 1o. Ley 269 de 1996).

⁴⁵ Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

⁴⁶ C.P. Dr. Roberto Suarez Franco.

50. Así las cosas, la ley citada desarrolla la excepción que permite a un médico tener más de un empleo público y de recibir más de una asignación proveniente del tesoro, con el fin de prestar sus servicios médicos asistenciales de forma directa, lo cual ayuda al Estado a garantizar la cobertura de dicho servicio esencial.

51. La Corte Constitucional mediante sentencia C-206 de 2003, se pronunció sobre el artículo 2º de la Ley 269 de 1996⁴⁷ y explicó la aplicabilidad de la excepción de la prestación del servicio médico asistencial frente a la prohibición dispuesta en el artículo 128 constitucional, bajo el siguiente tenor:

5.- Para establecer cuál es el alcance del segundo inciso del artículo 2º de la Ley 269 de 1996, comienza este Tribunal por interpretar el mismo de acuerdo con una visión sistemática que permita analizar el texto de acuerdo con su ubicación en el cuerpo de la ley. El inciso demandado está ubicado en el artículo 2º, titulado *"garantía de la prestación del servicio público de salud"* cuyo primer inciso se refiere a que, debido a que el Estado debe garantizar la prestación del servicio de salud de manera permanente, *"el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público"*. Así, el sentido del artículo es explicar que en virtud de la necesidad de garantizar el servicio de salud, el Estado acude a la posibilidad de permitir el desempeño de más de un empleo en entidades de derecho público en el caso del personal asistencial que preste directamente el servicio de salud. La interpretación del texto completo del artículo lleva a concluir que la disposición -en su integridad y por tanto también el inciso segundo demandado- establece una de las excepciones a la prohibición constitucional de tener más de un empleo en entidades de derecho público.

6.- Lo anterior es reforzado por un análisis de la totalidad de la ley y del título de la misma. La ley 269 de 1996 consta de siete artículos en los cuales establece el ámbito de aplicación, la garantía de prestación del servicio público de salud, la concurrencia de horarios, la incompatibilidad de los miembros de una junta directiva u organismo directivo y los representantes legales de las instituciones prestadoras de servicio de salud, la adecuación de la jornada laboral, la inspección, vigilancia y control, y la vigencia del cuerpo normativo. **Este estudio del conjunto de la ley de la cual, obviamente, forma parte la disposición acusada muestra que ese cuerpo normativo se refiere al personal asistencial que presta servicios de salud y que labora en más de una entidad pública.**

Lo anterior es aún más claro cuando se analiza el título de la Ley 269 de 1996, pues éste señala expresamente que ella *"regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público"*. Ahora bien, el artículo 128 constitucional establece que *"nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley"*. Es pues evidente que la ley se refiere a la regulación de una de las excepciones a la prohibición constitucional para desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación que

⁴⁷ Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

provenza del tesoro público. Por tanto, normas como la aquí demandada se ocupan de establecer las excepciones a la prohibición del artículo 128 constitucional, y por ello no regulan en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones públicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen más de un empleo en entidades de derecho público. (Resalta la Sala)

52. Así, la Corte señaló, que dicha disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud, indicó, que así fue expresado en los antecedentes legislativos de la Ley 269 de 1996, en la Gaceta del Congreso No. 170 del jueves 6 de octubre de 1994 que contiene la exposición de motivos del proyecto que culminó con esta ley, el ministro que presentó el proyecto afirmó la necesidad de esta normativa, en los siguientes términos:

Las entidades hospitalarias han organizado la vinculación del personal para el cubrimiento del servicio mediante el sistema de turnos o tiempos parciales, inclusive hora mes, lo que conlleva las varias vinculaciones laborales a diferentes instituciones o a las mismas, ya sea por contrato de prestación de servicios, ya sea por nombramiento. Era necesario autorizar que recibieran honorarios provenientes del tesoro público, si las actividades son realizadas en horarios distintos a los previstos para el desempeño de los empleos en entidades estatales.

53. El anterior pronunciamiento fue irradiado en el sector, y recientemente el Ministerio de Salud, a través del Concepto 201611602120991 del 15 de noviembre de 2016, señaló que la Ley 269 de 1996⁴⁸ se encuentra vigente y sólo se aplica a los empleados del sector público, y acogió las reglas expuestas en la Sentencia de constitucionalidad citada en precedencia⁴⁹.

54. Estando claro que un médico puede prestar sus servicios asistenciales a una o a varias entidades públicas prestadoras del servicio de salud, y recibir más de una asignación del tesoro, corresponde ahora determinar si es posible que esto ocurra cuando es el Director o Gerente de la E.S.E. quien pretende prestar sus servicios asistenciales, teniendo en cuenta que la Ley 269 de 1996⁵⁰ no lo permitió

⁴⁸ Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

⁴⁹ Sentencia C-206 de 2003.

⁵⁰ Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

expresamente, ni tampoco lo prohibió. Por lo que se hace necesario hacer un estudio adicional.

55. Para lo anterior, se debe traer a colación el Decreto Ley 785 de 2005⁵¹, que reguló el sistema de nomenclatura, la clasificación de empleos, sus funciones y requisitos, que contempló en el artículo 4º, numeral 4.1. el Nivel Directivo, como aquel que comprende los empleos a los que les corresponden las funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, y dentro de este nivel se encuentran los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Directores de Hospital (Art. 16), quienes tienen dedicación exclusiva y disponibilidad permanente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 ibídem.

56. Igualmente, vale la pena volver a citar la sentencia C-206 de 2003 de la Corte Constitucional, en la que expresó que la excepción de la prohibición de tener más de un empleo público, para garantizar la prestación asistencial del servicio de salud, dijo *«[e]n tal contexto, el legislador impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes. Siendo claro el ámbito de regulación que el título plantea, el texto no ofrece dudas sobre el alcance de las normas que contiene la ley y los trabajadores a los que se aplican sus regulaciones, incluyendo obviamente el inciso acusado. [...] De acuerdo con lo anterior, el sentido de las disposiciones de la ley 269 de 1996, incluido obviamente el inciso acusado, fue el de establecer una excepción a la prohibición de tener más de un empleo público a fin de que el personal asistencial respondiera a las necesidades planteadas en el sector salud. Y esto significa que la regulación que el aparte demandado hace de la jornada de trabajo se refiere exclusivamente a aquellos trabajadores que en el campo de la salud desempeñan más de un empleo en entidades públicas.»*

⁵¹ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

57. Así las cosas, es plausible plantear que si bien es cierto la Ley 269 de 1996⁵² permitió la doble vinculación para atender las necesidades de la atención a la salud de los usuarios de las entidades prestadoras del servicio, también lo es, que esta regulación debe atender los postulados y principios laborales que protegen al trabajador o empleado de la explotación laboral, es decir, no se puede permitir jornadas excesivas a las que permite la ley.

58. Hay que hacer notar, que el espíritu de la Ley 269 de 1996⁵³, no fue simplemente plantear una excepción a la prohibición del artículo 128 constitucional, de tener más de un empleo público o recibir doble asignación del tesoro, si no, expedir una regulación que como bien lo dijo el alto tribunal en lo constitucional, comprende además la posibilidad de regular las jornadas y los horarios para evitar la concurrencia de los mismos, y de esta manera garantizar la efectiva prestación de los servicios asistenciales por parte del personal médico, y por ello impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes.

59. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978⁵⁴, las asignaciones básicas fijadas en las escalas de remuneración a que se refiere ese decreto, corresponden a jornadas de 44 horas semanales. En todo caso, la jornada semanal de trabajo debe ser equivalente a 44 horas semanales, para quienes trabajan por jornadas diarias o hasta 66 horas semanales para quienes laboran por turnos, es decir, que para el personal administrativo aplica el horario máximo de 44 horas semanales, si exceder de 8 horas diarias; y para el personal médico asistencial, podrá señalárseles un horario máximo de 12 horas diarias, sin exceder de 66 horas a la semana.

⁵² Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

⁵³ Ib.

⁵⁴ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

60. A su turno, el trabajo habitual se desarrolla de lunes a sábado inclusive, ya sea por jornada diaria o por el sistema de turnos. El Gerente de la Empresa Social del Estado, puede compensar la jornada del sábado con tiempo adicional de labor en los otros días de la semana, sin que esto constituya tiempo suplementario o de horas extras, el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

61. De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1042 de 1978 y la Ley 269 de 1996, el horario de trabajo en las Empresas Sociales del Estado será establecido por el Gerente, acorde con lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo y según las necesidades del servicio, tanto para el personal que labora en jornadas diarias, como para quienes lo hacen por turnos.

62. En definitiva, a juicio de ésta Sala, no es factible que el Director de Hospital o el Gerente de las E.S.E. puedan desempeñarse a la vez como médico, lo cual resulta proporcional y razonable, pues si bien es cierto la Ley 269 de 1996 permite la doble vinculación del personal médico en las labores asistenciales, también lo es que estableció un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes, y dado que la naturaleza jurídica del cargo en cuestión exige dedicación exclusiva y disponibilidad permanente para el desempeño de sus funciones.

63. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1998⁵⁵, sobre la jornada máxima laboral frente a los cargos de dirección y confianza, dijo:

En este orden de ideas, cabe precisar que los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes. (Subrayado es propio)

⁵⁵ Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 65 (parcial), 73 (parcial), 75 (parcial), 90, 91, 92, 93, 128, 147 (parcial), 155, 156, 162, 182, 187, 189 (parcial), 234, 240, 250, 267 (parcial), 279 (parcial), 307, 344 (parcial), 409 y 470, del Código Sustantivo del Trabajo.

64. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Sala concluye lo siguiente:

- i) Existe prohibición constitucional y legal para que ninguna persona pueda desempeñar simultáneamente más de un empleo público, y no pueda recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley, entendiendo por tesoro público, el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.
- ii) Que el vocablo asignación pública acoge toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial, incluye sueldo, honorario, mesada pensional, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado, incluso las provenientes del ejercicio de la profesión liberal o de la prestación de servicios en general, salvo las excepciones consagradas en la ley.
- iii) El artículo 19 de la ley 4ª de 1992, previó varias excepciones a la prohibición de percibir doble asignación del tesoro entre las que se encuentra entre otros, los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, con la previsión, de que no podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades; que el contrato de prestación de servicios profesionales conste por escrito, y en ningún caso éstos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales.
- iv) La Ley 269 de 1996, reguló la excepción al artículo 128 constitucional, en el caso de la prestación de los servicios asistenciales de salud, bajo el entendido que para garantizar dicho servicio público esencial, permite que un médico pueda tener varias vinculaciones laborales diferentes instituciones o en la misma, ya sea por contrato o por nombramiento, y recibieran más de un ingreso del tesoro, siempre y cuando se dé cumplimiento a las reglas sobre la adecuación horaria, para que las actividades sean realizadas en horarios distintos a los previstos para el desempeño de los empleos en entidades estatales.

v) Los empleados del nivel directivo, llámese Gerente de las E.S.E. o Director de Hospital, dada su condición laboral y el fundamento teleológico de la Ley 269 de 1996 frente a la protección horaria, no pueden ejercer la profesión liberal como médico durante el tiempo de disponibilidad.

6.1.3. Solución al caso concreto.

65. En sub lite, el demandante manifiesta su inconformidad con la sentencia apelada, por un lado, insiste que la entidad demandada le pague los 41 días compensatorios, 564 horas extras nocturnas, 42 dominicales y 26 festivos causados durante el tiempo en que laboró como Director del Hospital San José de Marulanda E.S.E., los cuales en su juicio le fueron reconocidos pero no pagados bajo el argumento de falta de disponibilidad presupuestal conforme al oficio demandado; y por el otro, requiere el reconocimiento de las horas laboradas como médico de la misma entidad, durante las horas de descanso del cargo desempeñado como Director del mismo hospital.

66. Lo anterior se resolverá conforme a lo expuesto, así como de la valoración de las pruebas aportadas al informativo, veamos:

67. Se evidencia derecho de petición del 15 de mayo de 2013, presentado por el demandante ante la Presidenta de la Junta Directiva del Hospital San José de Marulanda -Caldas⁵⁶, mediante el cual solicita el reconocimiento y pago de 41 días compensatorios, así como las horas extras nocturnas, dominicales y festivos, que señala haber laborado como médico en labores asistenciales entre el 5 de junio de 2012 y el 8 de abril de 2013, y además, los sueldos, prestaciones y recargos salariales generados desde el 1º al 8 de abril de 2013, fecha en la que asumió un nuevo gerente del hospital mencionado.

68. Igualmente, se observa copia de la Resolución 2758 del 1º de junio de 2012, mediante el cual, el Gobernador del Departamento de Caldas, encargó al demandante en el cargo de Gerente del Hospital Departamental San José de

⁵⁶ Folios 18 a 19 del cuaderno principal.

Marulanda CALDAS E.S.E.⁵⁷, mientras se nombra su titular; del cual tomó posesión el 5 de junio de 2012, según consta en el Acta 140 de la misma fecha⁵⁸.

69. También se avizora copia de la Resolución 2316-5 de 2 de abril de 2013⁵⁹, mediante el cual, el Gobernador del Departamento de Caldas, en uso de sus atribuciones legales, aceptó la renuncia del demandante del cargo de Gerente (e) del Hospital San José de Marulanda E.S.E. a partir de dicha fecha, y designó al nuevo gerente, quien tomó posesión del mismo el 8 de abril de 2013, según consta en el Acta de Posesión 146 del 5 de abril de 2013⁶⁰.

70. Así mismo, se divisa copia de la comunicación del mencionado acto administrativo al accionante, suscrita por la Profesional Especializada del Grupo de Gestión Administrativa de la E.S.E. del 2 de abril de 2013⁶¹.

71. De los documentos mencionados, se colige, que el demandante se vinculó mediante una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo en el cargo de Gerente (e) del Hospital Departamental San José de Marulanda CALDAS E.S.E., el cual ejerció desde el 5 de junio de 2012 hasta el 2 de abril de 2013, lo cual permite concluir, que no es cierta la afirmación en tanto adujo que laboró hasta el 8 de abril de 2013, razón por la cual, los emolumentos reclamados frente al período comprendido entre el 3 y el 8 de abril de 2013 no tienen vocación de prosperidad, al carecer de prueba idónea que lo sustente.

72. También se observan, las copias de las planillas de pago del sueldo del accionante correspondiente a los períodos laborados entre el 5 de junio de 2012 y el 2 de abril de 2013, suscritas por el Gerente (e) de la E.S.E. —aquí demandante— y por el Jefe de Sección, con la firma de recibido de su destinatario, así como de las prestaciones sociales, cuyos detalles se presentan en los siguientes cuadros⁶²:

⁵⁷ Folio 1 del cuaderno 2.

⁵⁸ Folio 2 del cuaderno 2.

⁵⁹ Folios 28 a 29 del cuaderno 2.

⁶⁰ Folio 30 del cuaderno 2.

⁶¹ Folio 27 del cuaderno 2.

⁶² Folios 3 al 15 del cuaderno 2.

PERÍODO NÓMINA	DÍAS PAGADOS	SUELDO	VALOR PAGADO
jun-12	26	\$ 3.260.858	\$ 2.709.677
jul-12	30	\$ 3.260.858	\$ 3.144.458
ago-12	30	\$ 3.423.901	\$ 3.282.901
sep-12	30	\$ 3.423.901	\$ 3.282.901
oct-12	30	\$ 3.423.901	\$ 3.282.901
nov-12	30	\$ 3.423.901	\$ 3.282.901
dic-12	30	\$ 3.423.901	\$ 3.282.901
ene-13	30	\$ 3.543.738	\$ 3.401.988
feb-13	30	\$ 3.543.738	\$ 3.401.988
mar-13	30	\$ 3.543.738	\$ 3.401.988
abr-13	2	\$ 3.543.738	\$ 231.549

PRESTACIONES	MESES LABORADOS	VALOR PAGADO	NÓMINA
Prima de navidad	6	\$ 1.711.950	dic-12
Prima de Vacaciones	Sin info.	\$ 1.771.869	marzo 2013
Vacaciones - Indemnización	Sin info.	\$ 1.771.869	marzo 2013
Prima de navidad Proporcional	3	\$ 922.849	marzo 2013

73. Las anteriores prestaciones, fueron reconocidas y su pago ordenado a través de las Resoluciones 21 y 22 del 12 de marzo de 2014⁶³, la primera, respecto de la prima de vacaciones y la indemnización de vacaciones; y la segunda, la parte proporcional de la prima de navidad por el período laborado por el accionante desde el 1º de enero al 2 de abril de 2013, decisiones que fueron ejecutadas conforme a la Orden de Pago 000053 del 12 de marzo de 2014 por valor de \$4.466.587⁶⁴, respaldados con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 000021 del 1º de enero de 2014⁶⁵ y el Registro Presupuestal 000021 del 3 de enero de 2014⁶⁶ por valor de \$4.466.587.

74. En relación con las cesantías, se observa que mediante las planillas de pago citadas, y conforme a la Resolución 008 del 18 de enero de 2013, fueron reconocidas y liquidadas por el tiempo laborado por el actor durante la vigencia 2012

⁶³ Folios 16 y 17 del cuaderno 2.

⁶⁴ Folio 18 del cuaderno 2.

⁶⁵ Folio 19 del cuaderno 2.

⁶⁶ Folio 20 del cuaderno 2.

por valor de \$2.177.591⁶⁷, y mediante Oficio de la misma fecha⁶⁸ dirigida al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., se autorizó la acreditación de la cuenta global «Ley 50 de 1990» a la cuenta del beneficiario, documentos que fueron suscritos por el mismo demandante en su condición de Gerente (e) del Hospital San José de Marulanda E.S.E.. Asimismo, el accionante con Oficio del 3 de abril de 2013, hace lo pertinente en su favor respecto de las cesantías causadas entre el 1º de enero y el 31 de marzo de 2013 por \$999.752⁶⁹.

75. Del anterior material probatorio encuentra la Sala, que el demandante en su calidad de Gerente (e) del Hospital San José de Marulanda E.S.E., autorizó el pago de sus salarios y cesantías del período en que laboró en el mencionado cargo, es decir, entre el 5 de junio de 2012 y el 2 de abril de 2013, tal como consta en las planillas de pago y en la Resolución 008 del 18 de enero de 2013, y en los Oficios de la misma fecha y del 3 de abril de 2013, lo cual permite concluir, que éstos emolumentos fueron pagados por la entidad demandada.

76. A igual conclusión arriba la Sala respecto de la prima de vacaciones y de la indemnización de vacaciones por todo el período laborado como Director de la entidad demandada; y de la parte proporcional de la prima de navidad generada entre el 1º de enero y el 2 de abril de 2013, como se denota de las Resoluciones 21 y 22 del 12 de marzo de 2014, de la Orden de Pago 000053 de la misma fecha, y en los certificados de Disponibilidad Presupuestal 000021 y de Registro Presupuestal 000021 del 1º de enero de 2014, y a las planillas de pago suscritas por el demandante.

77. En definitiva, se observa que la entidad accionada reconoció y pagó todos los emolumentos salariales y prestacionales respecto del cargo de gerente que en calidad de encargado ostentó el actor entre el 5 de junio de 2012 y el 2 de abril de 2013.

78. Frente a la reclamación de los 41 días compensatorios, 564 horas extras nocturnas, 42 dominicales y 26 festivos, se debe que recordar, que conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, el artículo 36 del Decreto Ley 1042

⁶⁷ Folios 22 a 23 del cuaderno 2.

⁶⁸ Folio 24 del cuaderno 2.

⁶⁹ Folio 25 del cuaderno 2.

de 1978, indica, que para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios, el empleado debe pertenecer al nivel técnico hasta el grado 9, o al nivel asistencial hasta el grado 19.

79. Así las cosas, y teniendo en cuenta el material probatorio precedente, el demandante no pertenece al nivel técnico ni al asistencial, pues está probado que los emolumentos reclamados hacen alusión al tiempo en que se desempeñó como Gerente (e) del Hospital San José de Marulanda E.S.E., es decir, a un cargo del nivel directivo, tal como lo consagra el artículo 4º, numeral 4.1. del Decreto Ley 785 de 2005⁷⁰, que contempló en el mencionado nivel, aquellos empleos a los que les corresponden las funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, y dentro de este nivel se encuentran los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado y Directores de Hospital (Art. 16), **quienes tienen dedicación exclusiva y disponibilidad permanente**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 ibídem, razón que le impedía ocuparse de otras actividades sujetas a remuneración.

80. Así mismo, la parte demandante pretende el reconocimiento de unos emolumentos salariales sin siquiera presentar prueba alguna que demuestre la prestación de sus servicios como Gerente (e) de la E.S.E. en horarios diferentes al ordinario, ni en domingos ni festivos, razón por la cual, es dable confirmar la decisión que antecede.

81. Igualmente, debe tenerse en cuenta, que de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, los empleados directivos no podrían estar cobijados en la excepción que plantea la Ley 269 de 1996⁷¹ analizada, frente a la prohibición del artículo 128 constitucional para tener dos empleos públicos o recibir doble asignación del tesoro, ni podrían recibir emolumentos distintos a los que la ley prevé para el cargo de director de la E.S.E., razones que son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

⁷⁰ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

⁷¹ Ib.

6.2. Costas procesales.

82. Respecto de las costas, debe señalarse que son las erogaciones económicas en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta en el juicio, y que se representan en los gastos ordinarios, las cauciones, el pago de los honorarios a los peritos, los gastos de publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina expensas. Así mismo, se comprenden en esta noción, los honorarios de abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho.

83. De esta manera, el artículo 188 del CPACA establece que salvo en los casos donde se discute un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas atendiendo para efectos de liquidación y ejecución lo previsto en normatividad procesal civil.

84. En uso de dicha remisión, se tiene que los artículos 365 y 366 del CGP, regulan la condena y liquidación de las costas, de cuyo contenido se extrae que la parte vencida será condenada a su pago y que se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que la originó, indicando además el valor de las agencias en derecho, que serán incluidas en la liquidación. Seguidamente, se prevé el trámite para la liquidación en cabeza del Secretario que deberá hacerla, para la posterior aprobación por parte del juez.

85. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sección Segunda⁷² en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

⁷² Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

86. En el caso, la Sala observa que el *a quo*, no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien hizo uso mesurado de su derecho a la acción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

87. En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado -- Sala de lo Contencioso Administrativo -- Sección Segunda -- Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

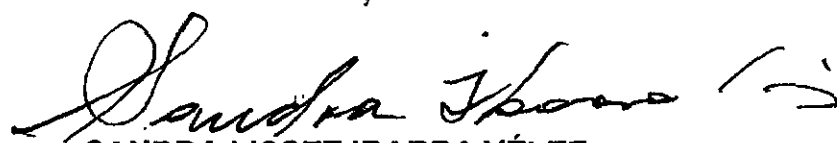
RESUELVE

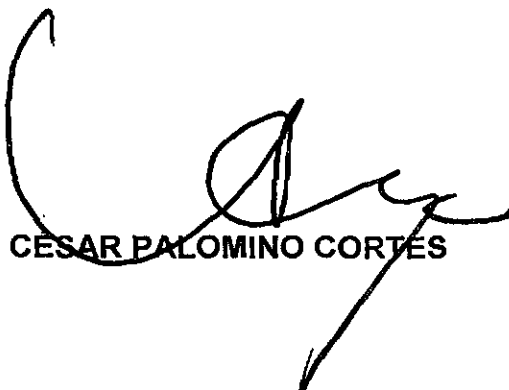
PRIMERO: CONFIRMAR con modificación la sentencia del 27 de julio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el señor Jorge Luis Buitrago López contra el Departamento de Caldas y el Hospital Departamental San José de Marulanda E.S.E., por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda; salvo el numeral **TERCERO**, que se **REVOCA** y en su lugar, la Sala se abstiene de condenar en costas a la parte vencida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CESAR PALOMINO CORTES

CARMELO PERDOMO CUÉTER

AUSENTE CON EXCUSA