



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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 21 de julio de 2016

Radicación: N° 680012333000-2013-00216-00 (1046-2014).
Demandante: Carlos Eduardo Vásquez Hernández
Demandado: E.S.E. Hospital Juan Pablo II de Aratoca
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Asunto: Trabajo suplementario en contrato realidad. Determinar si en el evento que se declara la primacía de la realidad sobre las formas por la existencia de una verdadera relación laboral que subyace de un contrato de prestación de servicios, en el componente indemnizatorio debe reconocerse y pagarse el trabajo suplementario que el demandante haya ejecutado y que lograrse demostrar.

Segunda instancia – apelación de sentencia.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de fecha 31 de julio de 2015, para decidir el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la accionada



contra la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Carlos Eduardo Vásquez Hernández.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor Carlos Eduardo Vásquez Hernández acudió a esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del oficio de fecha 28 de agosto de 2011, a través del cual, le negaron los emolumentos laborales reclamados producto de la relación laboral que sostuvo con el Hospital Juan Pablo II de Aratoca durante el año que prestó sus servicios como médico en cumplimiento del servicio social obligatorio.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que existió una relación laboral durante el año que prestó el servicio social obligatorio con el Hospital Juan Pablo II de Aratoca.

De igual manera, a título de reparación del daño, se condene a la demandada a pagar todos los emolumentos a los que tiene derecho tales como: prestaciones sociales, primas, cesantías, intereses de cesantías, indemnización de vacaciones, bonificación por recreación, horas extras



diurnas y nocturnas, horas extras dominicales y festivos, compensatorios y los recargos nocturnos.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes:

HECHOS¹.

Manifestó el demandante que fue vinculado al Hospital Juan Pablo II de Aratoca durante el período comprendido entre el 1 de agosto de 2011 hasta el 31 de julio de 2012, de manera ininterrumpida cumpliendo horarios de trabajo prolongados.

Indicó que su vinculación se dio mediante contratos de prestación de servicio, celebrados en cuatro contratos para cumplir con el año de servicio social obligatorio, desempeñando horarios de permanencia en el Hospital Juan Pablo II de Aratoca, ya que por la actividad médica que desarrollaba y la naturaleza del servicio, le exigía cumplir turnos de trabajo sin ningún tipo de discrecionalidad o autonomía laboral.

Afirmó que las jornadas de trabajo cumplidas eran muy extensas, debido a que en varios períodos de tiempo solo laboraban dos médicos, ocasionándole un gran agotamiento físico y mental, por tal razón, debió cumplir jornadas que generaron horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos.

¹ Folios 1 a 3.



Sostuvo que después de dos meses de iniciar las labores en el hospital, los médicos en varias ocasiones solicitaron que les cambiaran la modalidad de contratación, con el fin de que se les pagara todos los emolumentos laborales a los que tiene derecho. Así mismo, envió petición al Ministerio de la Protección Social obteniendo respuestas dirigida a la Directora del Hospital en la cual, se señalaba que las obligaciones contraídas con los médicos que prestaban servicio social obligatorio, deben estar regidos por una relación laboral, a lo cual, la entidad hizo caso omiso.

Que en fecha 9 de agosto de 2012, el actor presentó derecho de petición a la Gerencia del Hospital Juan Pablo II de Aratoca, solicitando se le cancelara todos los emolumentos laborales a los cuales legalmente tiene derecho, toda vez que, en realidad existía una relación laboral.

Por último, el hospital accionado a través de oficio de fecha 28 de agosto de 2012, niega la petición formulada por el demandante, sosteniendo básicamente que no existió relación laboral.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones vulneradas citó las siguientes normatividades: El artículo 53 de la Constitución Política. El artículo 6 de la Ley 50 de 1981; el artículo 2 del Decreto 2396 de 1981; los numerales 7 y 8 del artículo 1 de la Resolución No 795 de 1995, el artículo 21 del decreto 1569 de 1998y el artículo 3 del Decreto 1921 de 1994.



La parte actora sustentó el concepto de la violación en los siguientes términos:

Respecto de la primacía de la realidad sobre las formas, señaló que la entidad demandada no tuvo en cuenta que al haberle exigido al actor la firma de cuatro contratos de prestación de servicios profesionales para que pudiera cumplir con su servicio social obligatorio, en realidad lo que existió fue una relación laboral, por tal razón, la decisión que niega las prestaciones sociales y demás emolumentos es contraria a la norma constitucional.

Alegó que la labor desarrollada no era de carácter transitoria, sino todo lo contrario, corresponde a los servicios que el hospital presta de manera permanente y de forma ininterrumpida, es decir, que hacen parte de la misión de la entidad accionada.

Con relación al quebrantamiento de las normas legales, arguyó que el artículo 6 de la Ley 50 de 1990, es desconocido por la accionada, toda vez que, la misma consagra que el régimen prestacional que cobija a quienes prestan el servicio social obligatorio debe ser igual a los propios de la entidad, por lo que, es injusto no reconocerle el demandante sus prestaciones sino también el trabajo extra que desarrolló.

Así mismo, estima vulnerado el artículo 2 del Decreto 2396 de 1981, disposición que establece que el servicio social obligatorio será de un año y de dedicación de tiempo completo, condición que lo enmarca dentro de una relación laboral, teniendo en cuenta la esencialidad del servicio.



De igual forma, alegó que la accionada con su decisión quebranta el artículo 21 del Decreto 1569 de 1998, norma que hace referencia a la nomenclatura y clasificación de empleos del nivel profesional, de tal suerte que al clasificar el cargo de médico de servicio social obligatorio, dicha norma le confiere la calidad de empleo público.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Hospital Juan Pablo II de Aratoca compareció al proceso oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual, arguyó que la Resolución No 1058 de 2010, que reglamenta el servicio social obligatorio, en su artículo 15 señala que las plazas se proveerán mediante vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicio.

De igual modo, alegó que mediante Acuerdo de Junta Directiva No 001 de julio 8 de 2009, adoptó el manual de contratación, en el cual, establece a través de su artículo 9, el contrato de prestación de servicios como modalidad de contratación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, concedió parcialmente las súplicas de la demanda conforme los siguientes argumentos:



Las pruebas documentales aportadas al expediente junto con el interrogatorio de parte recibido al demandante evidencian una verdadera subordinación del actor, pues la prestación del servicio no era autónoma, sino que era dirigida y controlada, cumpliendo un horario y bajo la subordinación de órdenes dadas por la Gerencia del hospital a quien debía presentar informe de las labores realizadas.

Así mismo, destacó que la función desarrollada por el demandante fue continua, realizando las labores propias de la entidad, es decir, que éstas no eran ajenas a su objeto.

Estimó que en el presente asunto quedó demostrado la concurrencia de los elementos propios de la relación laboral respecto de los contratos de prestación de servicios celebrados por el actor de manera ininterrumpida desde el 1 de agosto de 2011 hasta el 31 de julio de 2012 con la E.S.E. Hospital Juan Pablo II de Aratoca.

Finalmente, respecto de los perjuicios reclamados por el demandante, consideró el *a quo* que los mismo no fueron demostrados.

4. RECURSO DE APELACIÓN

i. De la parte demandada

Alega que la decisión del Tribunal de Santander consiste en decretar la nulidad de un oficio que fue expedido por una autoridad distinta a la



demandada, como quiera que quien expide el oficio es el Subdirector de Salud Pública del Departamento de Santander, siendo que en ninguno de los aspectos allí indicados niega los derechos pretendidos por el actor.

De otra parte, alega que la sentencia emitida está dirigida a una entidad distinta de la E.S.E. Hospital Juan Pablo II de Aratoca, que es con quien surgió la relación contractual con el demandante, sin que esta dependa de la actuación de un tercero, como quiera que el Subdirector de Salud Pública del Departamento de Santander no hace parte de la E.S.E. demandada.

ii. De la parte demandante.

La parte demandante apela la decisión con el propósito que le sea reconocido el trabajo suplementario representado en horas extras diurnas y nocturnas, las horas dominicales, los festivos y compensatorios, así como los recargos nocturnos. Alega que la liquidación de las prestaciones sociales debe hacerse teniendo en cuenta todo el trabajo extra ejecutado como quiera que fue un trabajo habitual y permanente.

De otra parte, solicita se modifique el numeral primero del fallo recurrido, toda vez que se declaró la nulidad de un oficio que se allegó como prueba, cuando en realidad se debió decretar la nulidad del oficio demandado de fecha 28 de agosto de 2012.



Por último, solicita se modifique las agencias en derecho fijadas en el proveído apelado, como quiera que el 1% del total de la condena no se compadece con el trabajo y la atención profesional de este proceso.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro del término concedido, el apoderado del actor reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la apelación. La parte demandada guardó silencio.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado no presentó concepto en el presente asunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo a los argumentos expuestos en el escrito de apelación presentado tanto por la parte demandante como por la accionada, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

Problema jurídico.



Corresponde a la Sala determinar si en el evento que se declara la primacía de la realidad sobre las formas por la existencia de una verdadera relación laboral que subyace de una relación contractual regida por contratos de prestación de servicios, en el componente indemnizatorio debe reconocerse y pagarse el trabajo suplementario que el demandante haya ejecutado y que lograse demostrar.

De igual manera, como problema asociado, deberá la Sala establecer si el acto administrativo declarado nulo por parte del Tribunal Administrativo de Santander corresponde al acto acusado o si en su defecto, se declaró la nulidad de uno distinto al demandado que amerita modificar la parte resolutive del presente proveído.

Por último, la Sala deberá examinar si existe mérito para que se modifique la tasación de las agencias en derecho fijadas en primera instancia.

A fin de resolver los diferentes problemas suscitados en virtud del recurso de alzada instaurado por la parte actora, la Sala abordará el estudio del mismo en los siguientes términos: **1.** Del trabajo suplementario en los procesos donde se declara la primacía de la realidad **2.** Del principio de congruencia procesal. El petitum invocado en la demanda frente al acto declarado nulo **3.** De la tasación de las agencias en derecho. **4.** Del caso concreto.



i. Del trabajo suplementario en los procesos donde se declara la primacía de la realidad.

La jornada normal de trabajo es el tiempo convenido por las partes (jornada ordinaria) o establecida por ley, durante el cual el trabajador debe ejecutar las labores encomendadas. Todo el tiempo que supere tales límites, ya sean convenidos o impuestos legalmente, constituye jornada extraordinaria de trabajo.

De acuerdo con la legislación vigente en Colombia, el trabajo se clasifica en diurno y nocturno² según el momento en que se preste. En ese sentido, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada de trabajo, señalando al respecto que: “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”.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del

² **Artículo 34°.- De la jornada ordinaria nocturna.** Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.



sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

De la misma manera, el artículo 34 *ibídem*, al consagrar la jornada de trabajo extraordinaria, la cual puede ser diurna o nocturna según prolongación de la jornada normal o nocturna o de la jornada diurna, respectivamente y las horas laboradas se catalogarán como extras nocturnas o extras diurnas³, según sea el caso, señaló lo siguiente: “De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual. No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.”

Es importante resaltar que el artículo 36 del referido decreto estableció la necesidad de ser autorizado el trabajo suplementario que por necesidad del servicio debiese adelantar un servidor público. En ese sentido, la prenotada

³“**Artículo 36º.-** *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 este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras...”



norma consagró los siguientes requisitos para el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas así:

“Artículo 36º.- 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 este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

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

El empleo del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

Nota: El literal a) quedó así:

"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico." (Negrillas texto original)

- b. El trabajo suplementario **deberá ser autorizado previamente**, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse. (negrillas nuestra)
- 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 podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. **Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. El literal quedó así:**

" En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales."

- e. Si el tiempo laboral 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..."



De lo dispuesto en la norma trascrita en precedencia, se tiene que solo se puede autorizar el reconocimiento y pago de horas extras a los servidores que pertenezcan al nivel técnico y asistencial. Además, deben existir razones especiales para que se dé la prestación de servicio en horas extras, es decir, que obedezca a situaciones laborales extraordinarias y urgentes que no puedan ser ejecutadas en la jornada ordinaria y que por supuesto, correspondan a un carácter temporal.

Como otro de los requisitos contenidos en la norma, es la existencia de autorización previa para laborar en horas extras, con la indicación de las actividades que se van a desarrollar.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el mero reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir de manera automática la condición de empleado público al contratista en cuyo beneficio le es aplicado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, 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.”⁴

No obstante ello, destaca la Sala que al tenerse elementos de juicio para que

⁴ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda.



se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.

Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia"⁵.

Como se observa, esta Corporación de vieja data ha considerado que el contratista que demuestra bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad la verdadera existencia de una relación laboral que subyace de una relación contractual estatal bajo la modalidad de contrato de prestación de

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No. 3074-2005, Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez



servicio, no lo convierte automáticamente en un empleado público, pero si le otorga la posibilidad de acceder a la reparación del daño, lo que implica que podrá hacerse acreedor de las prestaciones sociales que en su calidad de contratista no le fueron reconocidas.

El componente de restablecimiento del derecho para los casos en que se demostrase la existencia del contrato realidad, se limita al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Lo anterior en razón a que, quien pretende demostrar el contrato realidad no ostenta ni puede acreditarse la calidad legal de empleado público y por ende, carece del derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la



Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”⁶

Es justamente por lo anterior, que en principio, no existe lugar al reconocimiento del trabajo suplementario, toda vez que, debe considerarse que durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público.

Cierto es que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos en lo concerniente a la jornada laboral es el Decreto -Ley 1042 de 1978⁷, “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”, disposición que regula la jornada laboral de los empleados públicos.

⁶ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 2324-00, Actora: María Bertha Díaz Correa.

⁷ Ver sentencias 5222-05, 5494-05 y 7854-05. M-P. doctora Ana Margarita Olaya Forero.



En esa misma línea, la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", la cual, en su artículo 22, establece de modo concreto sobre la jornada laboral:

“Artículo 22. Ordenación de la Jornada Laboral.

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.

(...)”.

Así las cosas, la regulación normativa precitada es clara en delimitar su campo de aplicación a los empleados públicos⁸, condición de la que precisamente carece el contratista que llegare a demostrar la configuración de una verdadera relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio pero de la cual, no podrá mutar en una relación legal y reglamentaria, conforme las exigencias consagradas en los artículos

⁸ Decreto 1042 de 1978, “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.



122 al 125 de la Carta Superior.

Empero, el contratista que logre demostrar los elementos sustanciales de una relación laboral bajo la égida del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, si bien no le es posible cambiar su condición ante el Estado, es decir, la de un contratista, no significa ello que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario.

Todo lo anterior, pone de presente un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. En ese sentido, rige el principio universal⁹ de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al Juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.

ii. Del principio de congruencia procesal. El petitum invocado en la demanda frente al acto declarado nulo.

La congruencia ha sido definida por la doctrina como “un principio normativo

⁹ **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.



que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”¹⁰.

En ese orden, el artículo 281 de la Ley 1564 de 2012, establece que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley...”

De la disposición citada colegimos la existencia de una congruencia externa, la cual se traduce en la concordancia debida entre el pedido de las partes en la demanda y su corrección, junto con las excepciones, con lo decidido en la sentencia, teniendo ello su fundamento en los artículos 55¹¹ de la Ley 270 de 1996 y 187¹² de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el 281 del Código General del Proceso.

¹⁰ Ayarragaray, *Carlos*, Lecciones de Derecho Procesal (Editorial Perrot, Argentina, 1962), p. 83

¹¹ “ARTÍCULO 55. ELABORACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.

La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:

«Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley»

La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios.

¹² “ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*...”



Por su parte, la congruencia interna está referida a la avenencia que debe existir entre las argumentaciones expuestas en la parte motiva como consecuencia de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas, con la decisión plasmada en la parte resolutive de la sentencia.

iii. De la tasación de las agencias en derecho.

Las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho.

De otro lado, al momento de fijar y liquidar las agencias en derecho, la actividad del juez está sujeta a las previsiones del artículo 365 del Código General del Proceso, pero en especial, a lo dispuesto en el numeral 4¹³ del artículo 366 ibídem, que para la fijación de las mismas deberá aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

¹³ **ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediately quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.



En efecto, el Acuerdo No 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de las agencias en derecho, señalando en el numeral 3.1.2. del artículo 6 que los procesos contenciosos con cuantía podrá fijarse hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

iv. CASO CONCRETO.

La parte demandante pretende que le sea reconocido el trabajo suplementario representado en horas extras diurnas y nocturnas, las horas dominicales, los festivos y compensatorios, así como los recargos nocturnos.

Sobre el particular, debe la Sala reiterar 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 que subyacen a la ejecución de 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, es claro 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 y a través de los mismos se encubrió 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, pero ello, no puede conllevar al desconocimiento que el ordenamiento constitucional y legal ha fijado para que una persona adquiera la calidad de empleado público.

En esta instancia no se discute ni, se pone en juicio la existencia de una verdadera relación laboral que surge de la ejecución de contratos de prestación de servicios, que debe ser amparada por el ordenamiento jurídico a partir de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, sin que de otro lado, ello permita deducir en favor del actor, alguna homologación a asimilación a la condición de empleado público que le confiera el derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario reclamado.

Ahora, si bien existe una normatividad que regula todo lo concerniente a la jornada laboral, lo cierto es que dichas disposiciones en principio, tienen como destinatario a los empleados públicos, condición que no adquiere el actor por la aplicación del “principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, figura que no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo, la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez, presuponen la existencia de un determinado régimen legal y



reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal”¹⁴.

Atendiendo precisamente a los elementos sustanciales que la constitución y la ley han previsto para que se adquiriera la condición de empleado público y por ende, el sometimiento a un régimen de horario o jornada laboral, la cual difiere diametralmente de la calidad que tendría un contratista de la administración regido bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio, y en razón a que la jornada laboral regulada por el ordenamiento jurídico se predica de los empleados públicos, no resultaría aplicable tal normatividad al contratista, pues, se parte de la base que éste ejecuta las obligaciones contractuales de manera independiente, bajo su propio gobierno y sin sujeción a un régimen de horario como si lo tendrían los empleados públicos.

Adicionalmente a lo anterior, se observa que dentro del material probatorio allegado al proceso, reposan los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la E.S.E. Hospital Juan Pablo II de Aratoca, documento que solo contempló como objeto, contractual que el contratista se obligaba a prestar sus servicios profesionales como médico general de servicio social obligatorio para la atención de consulta externa, urgencia y hospitalización en la empresa social contratante, pero sin que se haya especificado la forma o manera en que se ejecutaría el mismo.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-555/94.



Es oportuno destacar que las entidades oficiales que celebren contratos públicos están obligadas a respetar y a cumplir, entre otros principios y deberes, el de planeación, en virtud del cual, resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan y a la vez, aseguren con una alta probabilidad que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término y condiciones acordado y según las condiciones óptimas requeridas.

En ese orden, el estudio de necesidad y conveniencia consagra o refleja los elementos que se consideraron indispensables para la celebración del contrato, con el propósito de evitar dilaciones y tropiezos futuros que impidieran su oportuna y adecuada ejecución, de tal suerte que, para el caso bajo estudio, dicho documento constituye una herramienta probatoria de capital importancia, toda vez que, con ella se logra determinar la necesidad de la entidad en cuanto a la prestación del servicio médico, lo que implica la forma o manera en que se llevaría a cabo el mismo frente a la demanda del servicio, permitiendo ello poder deducir el tiempo, turnos, jornadas diarias en que se llevaría a cabo la prestación del servicio contratado.

Empero, al no reposar en el plenario los estudios de necesidad que dieron lugar a la susodicha contratación, ni tampoco obrar en los contratos suscritos entre las partes especificación alguna acerca de la temporalidad o jornada en que debía ejecutarse el contrato, se infiere que el mismo surge para cubrir la demanda de servicio de salud en los marcos de tiempo en que el actor



prestò sus servicios¹⁵ como mèdico general, no existiendo lugar a que se le reconozca el trabajo suplementario pretendido al no acreditarse que el mismo se haya dado por fuera del entorno contractual pactado.

De otra parte, alegaron ambas partes que la decisiòn del Tribunal Administrativo de Santander consistiò en decretar la nulidad del oficio No AP-GD-RG-05 de fecha 28 de septiembre de 2011, acto que fue expedido por una autoridad distinta a la demandada como es la Subdirecciòn de Salud Pùblica del Departamento de Santander, cuando en realidad el acto acusado fue el oficio de fecha 28 de agosto de 2011, emanado de la entidad accionada.

Al revisar las pretensiones formuladas por la parte demandante, observa la Sala que el actor solicitò la nulidad del oficio de fecha 28 de agosto de 2011, proferido por la gerencia de la E.S.E. Hospital Juan Pablo II de Aratoca y a travès del cual, negò la reclamaciòn elevada acerca del reconocimiento de la relacion laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho.

En efecto, los anàlisis esbozados en la parte motiva de la sentencia apelada y sobre los cuales, el aludido tribunal fundò su decisiòn, son inequívocos al referirse a la manifestaciòn de voluntad expresada por la gerencia del Hospital Juan Pablo II de Aratoca, lo que evidencia el yerro en que incurriò la referida Corporaciòn al momento de redactar la parte resolutive del

¹⁵ Ver planillas de atenciòn a pacientes que obran a folios 40 al 174 del cuaderno principal.



proveído recurrido.

Visto lo anterior, es claro que no existe congruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, en tanto que el oficio respecto del cual, la parte demandante solicitó se declarase su nulidad difiere del declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Santander, lo que impone el deber de modificar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia, a fin de indicar de manera correcta que el acto acusado y que es declarado nulo es el oficio de fecha 28 de agosto de 2011, a través del cual, la Empresa Social del Estado Hospital Juan Pablo II de Aratoca negó lo solicitado por el señor Carlos Eduardo Vásquez Hernández.

Por último, arguye la parte actora que la tasación de las agencias en derecho fijadas por el *a quo* no se compadecen con el trabajo y la atención profesional asumida en el presente proceso.

Sobre el particular, debe señalar la Sala que el *a quo* condenó en costas a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el valor correspondiente al uno (1%) de la condena impuesta, suma de la cual, difiere el recurrente, al considerar que la condena asciende aproximadamente a la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000.00), es decir, que el 1% de las agencias ascendería a ciento veinte mil pesos (\$120.000.00), lo cual resulta irrisorio para el trabajo que implica el ejercicio profesional.



La anterior decisión la fundamentó en el Acuerdo 1887 de 2003¹⁶ del Consejo Superior de la Judicatura, el cual prevé que las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos legales mensuales vigentes o en un porcentaje hasta del 20% relativo al valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Así las cosas, refiriéndonos al caso en concreto, se observa que el *a quo* no realizó o por lo menos, no dejó plasmado en la providencia recurrida, los análisis que le permitieron establecer, distinta a la aplicación objetiva y literal de la norma, la procedencia de la condena en costa y la fijación de las agencias en derecho en porcentaje del 1% del valor de la condena.

Dicho de otra manera, solo se advierte la aplicación de la condena en costa con base en la aplicación del criterio objetivo, sin obrar en el expediente ningún otro tipo de valoración a fin de determinar la procedencia de la misma y el porcentaje respectivo, encontrando la Sala que tal proceder desconoce derechos de arraigo *ius fundamental* como el debido proceso, por lo que, se hace necesario que el fallador indique las razones sobre las cuales determina un porcentaje u otro de condena, a fin de que la fijación del porcentaje de las agencias en derecho sea el fruto de la valoración realizada a la actuación desplegada por la parte y no a un proceder caprichoso del fallador.

¹⁶ “ARTICULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

(...)

3.1.2. Primera instancia. Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia..”



Visto lo anterior, al no existir elementos de juicios indicados en el proveído apelado y sobre los cuales se fundamenta la decisión de condenar en agencias en derecho a la demandada en porcentaje del 1% de la condena, se desconoce las razones que llevaron al fallador de primera instancia a tasar las agencias en dicho porcentaje, no siendo ese el proceder que se pregona de las decisiones judiciales, las cuales deberán ser motivadas y precisas, sobre todo en tratándose de decisiones que imponen consecuencias económicas como la aquí discutida, en consecuencia, se revocará el numeral quinto de la parte resolutive del proveído apelado.

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 y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, conforme las razones esgrimidas en la parte motiva.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, en el entendido que el acto que se declara nulo es el oficio de fecha 28 de agosto de 2012, proferido por la gerencia de la Empresa Social del Estado Hospital Juan Pablo II de Aratoca- Santander y no el oficio AP-GD-RG-05 de fecha 28 de septiembre de 2011 suscrito por el Subdirector de Salud Pública del Departamento de Santander, como erradamente se indicó en el proveído recurrido.



TERCERO.- REVOCAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia, de fecha 5 de diciembre de 2013, de acuerdo con las razones esgrimidas en la parte motiva y en consecuencia, no condenar en costas.

Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Los consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)



CARMELO PERDOMO CUÈTER