**JORNADA DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL - Marco normativo / JORNADA DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL - El Decreto 1042 de 1978 es la norma que la rige.**

De tiempo atrás, la Sección Segunda del Consejo de Estado adoptóla tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978. Al respecto, se ha señalado que, aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998. Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. Ahora, con respecto al concepto de “régimen de administración de personal” a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que el mismo comprende el concepto de “jornada de trabajo”**.** En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente, que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978. En virtud de lo anterior se puede concluir que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque: (i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. (ii) El concepto de“régimen de administración de personal” incluye el concepto de “jornada de trabajo”que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y; (iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

**REGULACIÓN DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO EN EL DECRETO 1042 DE 1978 - Jornada de trabajo y pagos que deben hacerse cuando esta se excede.**

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Sala se permite citar el artículo que rige la materia. “(…) ARTÍCULO 33. De la jornada de Trabajo. (…). De acuerdo con la norma: (**i**) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (**ii**) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (**iii**) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal. Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público. A continuación, se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se excede la jornada ordinaria de trabajo de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

|  |
| --- |
| **Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978** |
| **Decreto****1042 de 1978** | **Jornada laboral** | **Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)** | **Excepción y límites.**  |
| Artículo 34 | **Ordinaria nocturna**.El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m. | 35% | Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos. |
| Artículo 35 | **Jornada mixta**. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso). | 35% o descanso compensatorio | Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos. |
| Artículo 36 | **Horas extra diurnas**.Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato. | 25% o descanso compensatorio. | No puede exceder de 50 horas mensuales.Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas).Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico. |
| Artículo 37 | **Horas extra nocturnas.** Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.) | 75% de la asignación mensual. | Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36. |
|  Artículo 39 | **Trabajo ordinario domingos y festivos.**Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos. | La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. |   |

Con fundamento en lo anterior es dable afirmarque cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

**HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS – No es posible su reconocimiento cuando se declara la existencia de un contrato realidad / CONTRATO REALIDAD – Ante la declaratoria de su existencia no es posible el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos, en tanto estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos /CONTRATO REALIDAD – Su declaratoria no otorga al demandante automáticamente la calidad de empleado público / CONTRATO REALIDAD – Cuando se declara su existencia, no puede ordenarse a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo o el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público.**

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de octubre de 2016 determinó que no es posible el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato de realidad, en tanto estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978. Aquí cabe recordar que la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre el demandante y el Municipio de Tunja no le otorga al mismo automáticamente la calidad de empleado público, pues para que ello suceda se requiere que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991. Así, para ser considerado un empleado público se exige, la existencia en la planta de la entidad del empleo, la previsión de sus emolumentos en el presupuesto de la entidad, y, además, que el ingreso al servicio se dé a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo que supone la existencia de una designación válida (nombramiento o elección) y la respectiva posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del cargo. Por tales razones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que cuando se declara la existencia de un contrato realidad, no puede ordenarse a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo o el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público. En tal virtud, el restablecimiento se ordena a título de reparación del daño sufrido y solo incluye el pago prestacional, más no salarial.

**HORAS EXTRAS – Requisitos legales para su reconocimiento y pago / HORAS EXTRAS - Solo se puede autorizar su reconocimiento y pago a los servidores que pertenezcan al nivel técnico y asistencial**

Es importante resaltar que el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 estableció la necesidad de ser autorizado el trabajo suplementario que por necesidad del servicio debiese adelantar un servidor público. En ese sentido, la prenotada norma consagró los siguientes requisitos para el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas así: (…). 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

**HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS - No es posible su reconocimiento cuando se declara la existencia de un contrato realidad en tanto estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales / DOMINICALES Y FESTIVOS - Negados al actor ante declaratoria de contrato realidad por cuanto estos emolumentos se pagan a quien tenga la calidad de empleado público / CONTRATO REALIDAD - El restablecimiento del derecho como consecuencia, de la declaratoria de su existencia solo implica el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, es decir no puede ordenarse el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público.**

El señor Carlos Olinto Olarte Amado pretende se le reconozca las horas extras, dominicales y festivos en atención a que trabajó en turnos de 12 horas, seis días a la semana, es decir 24 horas extras ordinarias, para un total de 2220 horas extras ordinarias, 80 dominicales y 25 festivos. El juez de primera instancia negó su reconocimiento en atención a que las pruebas allegadas no fueron suficientes para comprobar la ejecución de actividades por parte del actor en horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos. Señaló el a quo que de lo dicho por los declarantes respecto a este punto y lo establecido en las planillas en las que se referenció las horas laboradas, no se puede colegir con exactitud en que días y durante qué horas el demandante ejerció su labor en los horarios que refiere; que estas pruebas no son las idóneas para determinar si se llevó a cabo algún trabajo suplementario, pues no se puede establecer con exactitud cuántas horas y días de trabajo extra ejerció el señor Carlos Olinto Olarte Amado. Contrario a lo dicho por el a quo, el recurrente asegura que dentro del plenario sí se logró acreditar con la prueba documental (bitácora de actividades, reglamento interno de las plazas sur y norte del Municipio de Tunja) y con los testimonios recibidos, que el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO trabajó en turnos de 12 horas, seis días a la semana, es decir 24 horas extras ordinarias, para un total de 2220 horas extras ordinarias, 80 dominicales y 25 festivos, durante el periodo laborado. Atendiendo entonces los argumentos del juez de primera instancia como los expuestos por la parte demandante, la Sala debe indicar frente a los mismos lo siguiente: En primer lugar, resulta palmario que el señor Carlos Olinto Olarte Amado no tiene derecho al reconocimiento de horas extras y dominicales y festivos, toda vez que estos emolumentos se pagan a quien tenga la calidad de empleado público, en los términos señalados en el Decreto 1042 de 1978. Además, no es posible el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato de realidad, en tanto estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978. Como en este caso se declaró la existencia de un contrato de realidad, el restablecimiento del derecho solo implica el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, es decir no puede ordenarse el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público. En tal virtud, el restablecimiento se ordena a título de reparación del daño sufrido y solo incluye el pago prestacional, más no salarial. Sumado a lo señalado anteriormente, en el presente asunto no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, para que proceda el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas, esto en atención a que las actividades que desarrollaba el señor Carlos Olinto Olarte Amado con ocasión de los contratos de prestación de servicios no eran equiparables a un cargo del nivel técnico y asistencial, además el trabajo suplementario que alega el demandante le sea reconocido no fue autorizado previamente. En ese sentido, el argumento del juez de primera instancia para negar el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos, el cual se refería a que las pruebas allegadas por el demandante no fueron suficientes para comprobar la ejecución de actividades extras por su parte, no era el que correspondía, pues como ya quedo establecido, aun cuando las mismas se hubieran acreditado no procede su reconocimiento, en atención a que el demandante no tiene la calidad de empleado público en los términos señalados en el Decreto 1042 de 1978, además estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales, establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos, sumado a ello el restablecimiento que se ordena cuando se declara un contrato de realidad solo incluye el pago prestacional mas no salarial, y por último el trabajo suplementario que busca el demandante le sea reconocido no fue autorizado previamente. Así las cosas, en razón de las anteriores consideraciones la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos será confirmada, y así se declarará.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333001201800041011500123> |

Tunja, 21 de septiembre de 2022

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de Control | **:** | **Nulidad y restablecimiento del derecho** |
| Demandante | **:** | **Carlos Olinto Olarte Amado**  |
| Demandado | **:** | **Municipio de Tunja**  |
| Expediente | **:** | **150013333001-2018-00041-01** |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

El señor **Carlos Olinto Olarte Amado,** mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el municipio de Tunja, para que se acojan las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 322 del 24 de agosto de 2017, proferida por el Secretario Administrativo del municipio de Tunja, mediante la cual le **negó el reconocimiento y pago de prestaciones y otras acreencias laborales.**

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0360 del 1º de noviembre de 2017, proferida por el alcalde Mayor de Tunja, mediante la cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones y otras acreencias laborales.

Como consecuencia de lo anterior, pidió se declare que existió un contrato de realidad con el Municipio de Tunja, durante el tiempo comprendido entre el 16 de julio de 2014 y el 9 de octubre de 2016.

Asimismo, solicitó se condene a la entidad demandada para que le reconozca y pague las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, dos meses de salario que corresponde a los meses de julio y agosto de 2016, indemnización por vacaciones y aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, y subsidio de transporte del tiempo comprendido entre el 16 de julio de 2014 y el 9 de octubre de 2016.

Pidió que la liquidación de las sumas a reconocer, sean indexadas y/o actualizadas desde cuando se generaron y hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia; que para el cumplimiento de las condenas se ordene dar aplicación al artículo 192 y 195 del CPACA.

**II. FUNDAMENTOS**

**1. De orden fáctico**

Narra la demanda que el Municipio de Tunja mediante contratos de prestación de servicios No. 631 del 16 de julio de 2014, 030 del 2 de enero de 2015, 089 del 11 de febrero de 2016 contrató al señor Carlos Olinto Olarte Amado para apoyar la gestión del ente territorial, en la **prestación de servicios de logística y control de cumplimiento de los Reglamentos Internos de las Plazas de Mercado Públicas de la ciudad**, servicio que presto desde el 16 de julio de 2014 al 9 de octubre de 2016.

Cuenta además que el señor **Carlos Olinto Olarte Amado** durante la prestación del servicio debía cumplir un horario.

Precisa que a través de contrato de prestación de servicios No. 741 del 9 de septiembre de 2016 la entidad demandada contrató al demandante para Apoyar la Gestión del Municipio de Tunja, en la prestación de servicios de recaudo de las tarifas establecidas en la Resolución No. 195 del 24 de junio de 2016 y la ejecución de los Reglamentos Internos de las plazas de mercado públicas de la ciudad, servicio que prestó desde el 16 de julio de 2014 al 9 de octubre de 2016.

Señala que el señor Carlos Olinto Olarte Amado fuera de las actividades realizadas en los contratos 631 del 16 de julio de 2014, 030 del 2 de enero de 2015, 089 del 11 de febrero de 2016 y 741 del 9 de septiembre de 2016 debía realizar otras labores tales como vigilancia, recaudo, aseo en los pabellones de aluminio y grano.

Sostiene asimismo que, durante la relación contractual, cuando debía retirarse de las dependencias de las plazas de mercado públicas de la ciudad de Tunja o no podía asistir a sus labores por atender asuntos personales, debía pedir permiso a sus superiores.

Que para el desempeño de sus funciones estaba subordinado por sus jefes inmediatos, quienes le daban orientación e instrucciones de como adelantar su labor.

Alude que los reglamentos internos establecidos por el Municipio de Tunja para el desarrollo de las actividades de las plazas de mercado sur y norte establecen los horarios de la prestación del servicio según la actividad y el sector en el que se desarrolle, es decir diversos horarios para cada comerciante.

**2. Normas violadas y concepto de violación**

* Artículos 13, 53 y 122 de la Constitución Política.
* Artículo 32 inciso 3 de la Ley 80 de 1993
* Artículo 21 de la Ley 909 de 2004
* Decreto 1227 de 2005

Indica la demanda que el Municipio de Tunja al contratar al señor Carlos Olinto Olarte Amado mediante orden de prestación de servicios para desempeñar una función de carácter permanente, debió crear un empleo temporal para que pudiera tener derecho al régimen salarial y prestacional de los empleados de carrera tal y como lo señala la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005; que con dicha vinculación privo al demandante de obtener este tipo de contraprestación, por lo que el derecho a la igualdad señalado en el artículo 13 de la Constitución Política se vio cercenado, ya que no se le dio el mismo trato y se le reconoció los mismos derechos de los demás funcionarios de la entidad.

Sostiene que al señor Carlos Olinto Olarte Amado se le desconocieron los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política que establece que las relaciones de trabajo se sujetan a una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, y lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política en lo concerniente a que debe primar las condiciones de igualdad de las personas que se encuentran en situaciones similares.

Que el demandante al cumplir un horario de trabajo, una subordinación y una contraprestación, y al encontrarse desempeñando una labor de carácter permanente, se halla sin lugar a dudas en las mismas condiciones de los funcionarios de planta del municipio, de ahí que deba reconocérsele el pago de las prestaciones.

**III. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 5 de abril de 2018 y mediante auto del 17 de mayo siguiente[[1]](#footnote-1) proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja fue admitida. Se ordenó notificar por estado electrónico al demandante, conforme lo prevén los artículos 171 y 201 del CPACA y de manera personal al Municipio de Tunja, según lo señalan los artículos 171 y 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP y, al Agente del Ministerio Público de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P.

El **municipio de Tunja** presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que los hechos en que dicen fundarse carecen de absoluto soporte legal y probatorio, toda vez que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.

Precisó la entidad territorial que los actos administrativos atacados fueron proferidos legalmente por el funcionario competente y con fundamento en la normatividad que ampara la vinculación contractual bajo la modalidad de prestación de servicios prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Indicó que entre las partes existió un nexo contractual con solución de continuidad a partir de la suscripción de varios contratos y la ejecución y desarrollo de diferentes objetos contractuales; que no se puede predicar la existencia de los elementos de la subordinación o dependencia, por lo que no hay lugar a reconocer derechos laborales, salariales, prestacionales, indemnizaciones y de seguridad social pretendidos, porque no puede establecerse que el contratista fungió como servidor público.

Presentó como excepciones las denominadas “Inexistencia de relación laboral”, “Principio de la buena fe”, “Prescripción trienal de derechos laborales”, “Cobro de lo no debido” y la “Genérica”.

**IV. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante fallo proferido el 18 de mayo de 2020, **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda,** con fundamento en lo siguiente:

La controversia se contrajo a determinar si entre el municipio de Tunja y el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO se configuró una relación laboral derivada de los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, cuyas actividades fueron desarrolladas por el actor en las Plazas de Mercado Públicas de la Ciudad de Tunja durante el período comprendido entre el 16 de julio de 2014 al 9 de octubre de 2016. De manera correlativa el a quo consideró pertinente establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir con ocasión a la relación laboral.

Lo primero que hizo el a quo fue examinar si en el presente caso se configuraban los elementos necesarios para declarar la relación laboral entre el demandante y el Municipio de Tunja.

Respecto de la prestación personal del servicio sostuvo el a quo que las actividades desarrolladas por el demandante en las plazas de mercado públicas del Municipio de Tunja fueron ejecutadas de manera personal; que dicha situación pudo ser constatada de los informes de cumplimiento presentados por el señor Carlos Olinto Olarte Amado a los supervisores de los distintos contratos y de los respectivos testimonios.

Frente a la remuneración, indicó el juez de primera instancia que dicho elemento se encontraba acreditado, pues por las labores desempeñadas le fue pagado al demandante una retribución con cargo al presupuesto de la entidad accionada; que dicha remuneración se pactó de conformidad con la forma y valor estipulado en cada uno de los contratos celebrados entre las partes.

Y respecto de la subordinación, añadió el a quo que para el ejercicio de las labores del demandante en las Plazas de Mercado de Tunja, éste tenía asignado turnos para su cumplimiento, especialmente el del recaudo en el peaje de papa, turnos que se circunscribían a unas horas diurnas o nocturnas, y los cuales se fijaban en una cartelera por parte de la administración, cuestión de la que se infiere que para el ejercicio de las funciones que se le atribuían en los contratos de prestación de servicios suscritos, el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO debía cumplir un horario que le era asignado y controlado por la administración de las Plazas de Mercado, lo que deja en entredicho que el actor haya tenido autonomía e independencia en el desarrollo de sus actividades, elementos propios del contrato de prestación de servicios, y más bien hacen ver que las labores realizadas por el demandante con motivo de la suscripción de dichos contratos se ejercieron de manera dependiente y subordinada asemejándose más a un vínculo laboral.

Aludió entonces el a quo que, al encontrarse acreditado los elementos descritos entre el Municipio de Tunja y el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO se configuró sin lugar a dudas, una relación laboral encubierta por múltiples contratos de prestación de servicios, ello en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, razón por la cual se debía declarar la existencia de la relación laboral y, en consecuencia, la nulidad de los actos administrativos demandados.

En la parte resolutiva de la sentencia, el juez de primera instancia dispuso:

*“****PRIMERO:*** *Declarar improbada la excepción de “PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE DERECHOS LABORALES” propuesta por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:*** *Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 322 de 24 de agosto de 2017 suscrita por la Secretaría Administrativa del Municipio de Tunja, y en la Resolución No. 0360 de 01 de noviembre de 2017 suscrita por el Alcalde Mayor de Tunja, mediante las cuales se niegan las peticiones de reconocimiento de una relación laboral y derechos prestacionales y se resuelve un recurso de apelación respectivamente.*

***TERCERO:*** *Declarar que entre el MUNICIPIO DE TUNJA y el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO identificado con cédula de ciudanía No. 4241838 del Municipio de Santana - Boyacá, existió una relación de trabajo durante los siguientes periodos: 16/07/2014 al 31/12/2015; 11/02/2016 al 11/08/2016 y del 09/09/2016 al 09/10/2016.*

***CUARTO:*** *Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a reconocer y pagar en favor del demandante, CARLOS OLINTO OLARTE AMADO identificado con cédula de ciudanía No. 4241838 del Municipio de Santana - Boyacá, el valor de todos los factores salariales y prestacionales devengados por los empleados de planta, vinculados de manera legal y reglamentaria en el MUNICIPIO DE TUNJA desde el 16 de julio de 2014 al 09 de octubre de 2016, teniendo en cuenta todos los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en el período antes señalado, tomando como base para la liquidación el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos celebrados, en las condiciones enunciadas en la parte considerativa.*

***QUINTO:*** *Condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a liquidar los aportes que correspondían al sistema de seguridad social en pensiones mes a mes del 16 de julio de 2014 al 09 de octubre de 2016, salvo las interrupciones entre contrato y contrato, tomando como IBL los honorarios pactados en cada contrato y si existe diferencia entre estos con los aportes realizados por el contratista se deberá cotizar el faltante en el porcentaje que correspondía al empleador y en caso de no encontrar diferencia, cancelar al demandante el valor que por aportes correspondía al empleador.*

***SEXTO:*** *Condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a devolver los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social en salud, respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó a la empresa prestadora de salud, durante la ejecución todos los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en el período comprendido entre el 16 de julio de 2014 al 09 de octubre de 2016 y que fue cancelada por el demandante.*

***SÉPTIMO:*** *Condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a pagar al señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO identificado con cédula de ciudanía No. 4241838 del Municipio de Santana – Boyacá, los emolumentos correspondientes a los meses de julio y agosto de 2016, en los términos de la adición realizada al Contrato No. 089 de 11 de febrero de 2016. Esta pretensión quedará condicionada a que no exista prueba documental de que al actor ya se le pagaron dichos emolumentos.*

***OCTAVO:*** *Condenar al MUNICIPIO DE TUNJA a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:*

*Índice Final R=Rh*

*---------------------*

*Índice Inicial*

*En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.*

***NOVENO:*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

***DÉCIMO:*** *Sin costas.*

*(…)”*

**V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

El **apoderado del demandante** impugnó el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

Que dentro del plenario se logró acreditar con la prueba documental (bitácora de actividades, reglamento interno de las plazas sur y norte del Municipio de Tunja) y con los testimonios recibidos, que el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO trabajó en turnos de 12 horas, seis días a la semana, **es decir 24 horas extras ordinarias, fuera de la jornada ordinaria establecida en el código sustantivo del trabajo,** para un total de 2220 horas extras ordinarias, 80 dominicales y 25 festivos, durante el periodo laborado, **razón por la cual tiene derecho al reconocimiento y pago de estos haberes (horas extras, dominicales y festivos)**.

Para fundamentar su petición, trajo a colación los siguientes artículos:

**ARTICULO 159. TRABAJO SUPLEMENTARIO.** Trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.

**ARTICULO 170. SALARIO EN CASO DE TURNOS.** Cuando el trabajo por equipos implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, las partes pueden estipular salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, siempre que estos salarios comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales.

**ARTÍCULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO:** El trabajo en domingo y festivosse remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas

De otra parte, el recurrente presenta reparo frente a la decisión del a quo de no condenar en costas a la parte vencida, en atención a que no encontró probada la causación de las mismas.

Sostuvo que el artículo 365 del CGP, establece que la condena en costas a la parte vencida se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación y siempre que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación; que para el caso que nos ocupa y ante la prosperidad de la demanda se debe imponer las costas en aplicación al criterio valorativo previsto en el CPACA, definido por el Consejo de Estado en providencia de 7 de abril de 2016, rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 y reiterado por la Sección Segunda de dicha Corporación en sentencia de fecha 18 de enero de 2018.

Indicó que en el expediente están debidamente acreditados los gastos ordinarios en que incurrió el demandante (notificación); que para adelantar la presente acción debió recurrir y contratar los servicios de un profesional en derecho, lo que se evidencia, con la presentación de la demanda, además la pronunciación acerca de las excepciones propuestas, la asistencia a las dos audiencias programadas, en las que se recibió el interrogatorio de parte del señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO y los testimonios decretados, los cuales condujeron al fallo que hoy es objeto de apelación, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Precisó que el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia proferida dentro del proceso con radicación No. 15001-3333-008-2018-00083-01, iniciado por Nelly Cecilia Forero Morales contra del Municipio de Tunja, modificó la providencia de primera instancia que accedió a la pretensión de declaración de existencia de relación laboral, en lo que respecta a la condena en costas y agencias en derecho que fue negado por el juez a quo.

Pidió se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se condene a la entidad demandada a que le reconozca y pague al demandante las horas extras, dominicales y festivos, y además se le condene en costas y agencias en derecho.

**VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto del 11 de febrero de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Asimismo, a través de auto del 19 de abril siguiente se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó a las partes la presentación de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de dicha providencia.

La **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La **entidad demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

1. **CONSIDERACIONES**
2. **De la competencia**

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

*“(…)* ***Artículo 328. Competencia del superior.***

*El juez de segunda instancia* ***deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante****, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***

*En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (…)” Resaltado fuera de texto*

De ese modo, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, tal como lo sostuvo la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, al señalar:

*“(…) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «…únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.».* ***En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.*** *Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 20075:*

*“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que, en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto,* ***la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.*** *En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente”.*

***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política.*** *Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:*

*“En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar* ***sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia****. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia”6*

*“En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus”7 (…)”8*

Así pues, la competencia del superior se rige por el **principio de congruencia**, en virtud del cual el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de *non reformatio in pejus****,*** que protege la situación del apelante único, para que no se haga más gravosa su situación.

2. Problema jurídico

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación con lo decidido por el juez de primera instancia, corresponde al Tribunal determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, haberes que fueron negados por el a quo. Además, establecer si es procedente condenar en costas y agencias en derecho al Municipio de Tunja, en atención a que como lo indicó la parte recurrente, las mismas se encuentran debidamente causadas y comprobadas.

Para el efecto, la Sala abordarán estos tópicos: i)a jornada laboral de los empleados públicos territoriales; ii) reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato realidad; iii) requisitos para el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas y, ii) análisis del caso concreto.

1. **De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales**

De tiempo atrás, la Sección Segunda del Consejo de Estado adoptóla tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978[[2]](#footnote-2).

Al respecto, se ha señalado que, aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998[[3]](#footnote-3).

Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Ahora, con respecto al concepto de “régimen de administración de personal” a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que el mismo comprende el concepto de “**jornada de trabajo”[[4]](#footnote-4).**

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente[[5]](#footnote-5), que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998[[6]](#footnote-6).

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000[[7]](#footnote-7) declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

En virtud de lo anterior se puede concluir que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

(ii) El concepto de“régimen de administración de personal” incluye el concepto de “jornada de trabajo”que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

**4. Regulación del pago del trabajo suplementario en el Decreto 1042 de 1978**

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Sala se permite citar el artículo que rige la materia.

*“(…)****ARTÍCULO 33.****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***

*Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*

*El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras […][[8]](#footnote-8)” Subrayado fuera de texto*

De acuerdo con la norma: (**i**) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (**ii**) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (**iii**) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

A continuación, se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se excede la jornada ordinaria de trabajo de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

|  |
| --- |
| **Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978** |
| **Decreto****1042 de 1978** | **Jornada laboral** | **Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)** | **Excepción y límites.**  |
| Artículo 34 | **Ordinaria nocturna**.El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m. | 35% | Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos. |
| Artículo 35 | **Jornada mixta**. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso). | 35% o descanso compensatorio | Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos. |
| Artículo 36 | **Horas extra diurnas**.Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato. | 25% o descanso compensatorio. | No puede exceder de 50 horas mensuales.Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas).Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico. |
| Artículo 37 | **Horas extra nocturnas.** Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.) | 75% de la asignación mensual. | Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36. |
|  Artículo 39 | **Trabajo ordinario domingos y festivos.**Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos. | La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. |   |

Con fundamento en lo anterior es dable afirmarque cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

**5. Reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos cuando se declara le existencia de un contrato realidad**

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de octubre de 2016[[9]](#footnote-9) determinó que no es posible el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato de realidad, **en tanto estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos** y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

Aquí cabe recordar que la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre el demandante y el Municipio de Tunja no le otorga al mismo automáticamente la calidad de empleado público, pues para que ello suceda se requiere que se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991.

Así, para ser considerado un empleado público se exige, la existencia en la planta de la entidad del empleo, la previsión de sus emolumentos en el presupuesto de la entidad, y, además, que el ingreso al servicio se dé a través de una vinculación legal y reglamentaria, lo que supone la existencia de una designación válida (nombramiento o elección) y la respectiva posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del cargo.

Por tales razones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que cuando se declara la existencia de un contrato realidad, no puede ordenarse a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo o el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público. En tal virtud, el restablecimiento se ordena a título de reparación del daño sufrido y solo incluye el pago prestacional, más no salarial. Sobre el particular se ha dicho[9](file:///C%3A%5C%5CUsers%5C%5Canalu%5C%5CDownloads%5C%5C2016%20-%20Horas%20extras%20-%20contrato%20realidad%20%2B%2B%20%281%29.html%22%20%5Cl%20%22sdfootnote9sym):

*«[…] 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 […]». Resaltado y subrayado fuera de texto*

**6. Requisitos para el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas**

Es importante resaltar que el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 estableció la necesidad de ser autorizado el trabajo suplementario que por necesidad del servicio debiese adelantar un servidor público. En ese sentido, la prenotada 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****.”*

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

1. *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.” Resaltado fuera de texto***

1. *El trabajo suplementario****deberá ser autorizado previamente****, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse. (negrillas nuestra)*
2. *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.*

1. *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."*

1. *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 (…)” Resaltado y subrayado fuera de texto*

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

1. **Análisis y solución del caso concreto**

El señor Carlos Olinto Olarte Amado pretende se le reconozca las horas extras, dominicales y festivos en atención a que trabajó en turnos de 12 horas, seis días a la semana, es decir 24 horas extras ordinarias, para un total de 2220 horas extras ordinarias, 80 dominicales y 25 festivos.

El juez de primera instancia negó su reconocimiento en atención a que las pruebas allegadas no fueron suficientes para comprobar la ejecución de actividades por parte del actor en horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos.

Señaló el a quo que de lo dicho por los declarantes respecto a este punto y lo establecido en las planillas en las que se referenció las horas laboradas, no se puede colegir con exactitud en que días y durante qué horas el demandante ejerció su labor en los horarios que refiere; que estas pruebas no son las idóneas para determinar si se llevó a cabo algún trabajo suplementario, pues no se puede establecer con exactitud cuántas horas y días de trabajo extra ejerció el señor Carlos Olinto Olarte Amado.

Contrario a lo dicho por el a quo, el recurrente asegura que dentro del plenario sí se logró acreditar con la prueba documental (bitácora de actividades, reglamento interno de las plazas sur y norte del Municipio de Tunja) y con los testimonios recibidos, que el señor CARLOS OLINTO OLARTE AMADO trabajó en turnos de 12 horas, seis días a la semana, es decir 24 horas extras ordinarias, para un total de 2220 horas extras ordinarias, 80 dominicales y 25 festivos, durante el periodo laborado.

Atendiendo entonces los argumentos del juez de primera instancia como los expuestos por la parte demandante, la Sala debe indicar frente a los mismos lo siguiente:

En primer lugar, resulta palmario que el señor Carlos Olinto Olarte Amado **no tiene derecho al reconocimiento de horas extras y dominicales y festivos**, **toda vez que estos emolumentos se pagan a quien tenga la calidad de empleado público**, en los términos señalados en el Decreto 1042 de 1978.

Además, **no es posible el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato de realidad**, en tanto estos emolumentos **no son prestaciones sociales sino factores salariales** establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

Como en este caso se declaró la existencia de un contrato de realidad, el restablecimiento del derecho solo implica el pago de las **prestaciones sociales** dejadas de percibir, es decir no puede ordenarse el pago de los salarios dejados de percibir, puesto que la sentencia no lo convierte en empleado público. En tal virtud, el restablecimiento se ordena a título de reparación del daño sufrido y solo incluye el pago prestacional, más no salarial.

Sumado a lo señalado anteriormente, en el presente asunto no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, para que proceda el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas, esto en atención a que **las actividades que desarrollaba el señor Carlos Olinto Olarte Amado con ocasión de los contratos de prestación de servicios no eran equiparables a un cargo del nivel técnico y asistencial,** además el trabajo suplementario que alega el demandante le sea reconocido **no fue autorizado previamente**.

En ese sentido, el argumento del juez de primera instancia para negar el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos, el cual se refería a que las pruebas allegadas por el demandante no fueron suficientes para comprobar la ejecución de actividades extras por su parte, no era el que correspondía, pues como ya quedo establecido, aun cuando las mismas se hubieran acreditado no procede su reconocimiento, en atención a que el demandante no tiene la calidad de empleado público en los términos señalados en el Decreto 1042 de 1978, además estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales, establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos, sumado a ello el restablecimiento que se ordena cuando se declara un contrato de realidad solo incluye el pago prestacional mas no salarial, y por último el trabajo suplementario que busca el demandante le sea reconocido no fue autorizado previamente.

Así las cosas, en razón de las anteriores consideraciones la sentencia de primera instancia que negó el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos **será confirmada,** y así se declarará.

1. **De la condena en costas y agencias en derecho**

El recurrente presenta reparo frente a la decisión del a quo de no condenar en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

Frente a este aspecto dirá la Sala en primer lugar que el artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho. Ha dicho la doctrina lo siguiente:

*“LAS AGENCIAS EN DERECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Se ha destacado que dentro del concepto de costas****está incluido el de agencias en derecho, que constituye la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.***

*Esa fijación de agencias en derecho es privativa del juez,****quien no goza, como pudiera pensarse, de una amplia libertad en materia de su señalamiento****, debido a que debe él orientarse por los criterios contenidos en el numeral 3° del artículo 393 que le imponen el deber de guiarse por “las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere” ...”11 Resaltado fuera de texto.*

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) 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 Código General del Proceso.”

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

*"(…) Por lo anterior, se colige que****la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes****. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público (…)" Resaltado fuera de texto*

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

*"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso,****que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.****Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”*

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número:  05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó:

*"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas,****ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses****, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto*

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguízamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho. En ese sentido no se revocará la decisión del juez de primera instancia que resolvió no condenar en costas, y además no se impondrán las mismas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

**FALLA:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida el 18 de mayo de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja dentro del proceso iniciado por Carlos Olinto Olarte Amadocontra el Municipio de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Sin costas en esta instancia.

**TERCERO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

**Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 150013333001-2018-00041-01**

1. Folio 154 y 155 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Lorica (Córdoba)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 27 de agosto de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2003-00517-01(1381-10). Actor: José Lisandro Ibarra Garro. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia). [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. [↑](#footnote-ref-4)
5. En la siguiente sentencia se definió un caso similar al aquí analizado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicación: 05001-23-31-000-1998-02175-01(6183-05), actora: Luz Angélica Mena Pineda y sentencia de la Sección Segunda, Subsección B. sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03212-01(1227-11). Actor: Humberto de Jesús Henao Álvarez. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia). [↑](#footnote-ref-6)
7. A esta conclusión se llegó al analizar la mencionada sentencia por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia de julio 12 de 2012. Radicación: 05001 23 31 000 2002 04837 01(0200-10). Actor: Fernando Luis Zea Ossa. Demandado: municipio de Itagüí (Antioquia). [↑](#footnote-ref-7)
8. Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986. [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ - Bogotá, D. C. seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016). SE: 107 - Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15) - Actor: JHON GERARDO GIRALDO RUBIO - Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS) EN SUPRESIÓN. [↑](#footnote-ref-9)