



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, junio catorce (14) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Luz Mery Martínez García**

Demandado: Municipio de Saboyá y otro

Expediente: 15001-33-33-006-2015-00175-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida el **17 de octubre de 2017**, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda presentada por Luz Mery Martínez García contra la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer y el Municipio de Saboyá.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (fl. 1 a 30)

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **Luz Mery Martínez García** a través de apoderado judicial, solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- * Oficio sin número de 18 de noviembre de 2014 proferida por la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer del Municipio de Saboyá que negó a la demandante el pago de las horas extras de trabajo suplementario y prestaciones surgidas de las mismas por el servicio prestado durante el 1 de mayo de 2013 y el 7 de marzo de 2015.
- * Resolución No. 005 de 9 de enero de 2015 proferida por la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer del Municipio de Saboyá que, al resolver un recurso de reposición, resolvió confirmar la decisión de 18 de noviembre de 2014.
- * Resolución No. 21 de 3 de febrero de 2015, por el cual el Alcalde Municipal de Saboyá que, al resolver un recurso de apelación, resolvió confirmar en su

integridad la decisión de 18 de noviembre de 2014 proferida por la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer del Municipio de Saboyá.

A título de restablecimiento del derecho deprecó:

- * Se condene al Municipio de Saboyá y a la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer del Municipio de Saboyá a reconocer y pagar a la demandante, todas las sumas correspondientes a los emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, como consecuencia de la prestación de trabajo suplementario prestado a la segunda entidad, con efectividad a la fecha de la causación de los perjuicios hasta cuando sean revocados y reformados los actos administrativos acusado, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la expedición de los mentados actos.*
- * Se ordene el reajuste y pago de la totalidad de los salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales causadas desde la fecha de vinculación y que se vieron afectadas directamente como consecuencia de la inclusión del valor del trabajo suplementario o de horas extras laborados.*
- * Que la condena sea indexada conforme al IPC; se dé cumplimiento a la sentencia y se ordene el pago de intereses moratorios, conforme lo establecen los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.*
- * Se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.*

El supuesto fáctico que respalda el petitum es el siguiente:

- * Luz Mery Martínez García fue vinculada como Enfermera Jefe a la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer del Municipio de Saboyá, mediante la Resolución No. 043 de 2 de mayo de 2013. Tomó posesión e inició labores en la misma fecha.*
- * En el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, el empleo se identifica como de nivel central, Enfermero Código 243, Grado 06.*
- * La asignación básica dada como Enfermera Jefe para el año 2013 era de \$1.600.000 y en 2014 era de \$1.703.700.*
- * El horario de servicio asignado como jornada laboral era la siguiente:*

- **Lunes:** De 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y desde las 2:00 a 4:00 p.m. (8 horas).
- **Martes:** De 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y desde las 2:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. del miércoles (23 horas).
- **Miércoles:** 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y desde las 2:00 hasta las 4:00 p.m. (8 horas).
- **Jueves:** De 7:00 a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. del viernes (23 horas).
- **Viernes:** De 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y desde las 2:00 a 4:00 p.m. (8 horas).

Todos los días incluía una hora de almuerzo, de acuerdo con las actividades señaladas por la entidad y su Gerente Omaira Peña Peña.

- * La actividad que realizaba martes y jueves, días de mayor afluencia de los ciudadanos del municipio a la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá.
- * La relación laboral finalizó en marzo de 2015.
- * El 29 de agosto de 2014 solicitó el pago de las horas extras. Sin embargo, mediante los actos demandados la petición fue resuelta desfavorablemente.

Como normas violadas, citó los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 90, 122 y 209 de la Constitución Política; las Leyes 909 de 2004, 100 de 1993, 10 de 1990 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 1042 de 1978.

A continuación, manifestó que el trabajo suplementario, en materia de prestaciones sociales, constituye factor salarial para algunas de ellas, verbigracia, cesantías y pensión y, por tanto, altera la liquidación final del servidor público al momento de su retiro. Además, sostuvo:

“Ahora bien si se hace un análisis de los actos administrativos demandados como de los que les dieron origen en el caso especial de los Actos administrativos (...), en uno de ellos la motivación es inexacta o incluso no está motivada y en el otro la motivación es modificada según el interés de la Administradora, incluso se manifiestan razones de índole personal de conflicto con mi prohijada, a las cuales se hace alusión de una de las Resoluciones acusadas, pero el caso más latente es el de la Resolución 0021 de 3 de abril de 2015, EMANADA DEL DESPACHO DEL ALCALDE MUNICIPAL DE SABOYÁ, que se expide para dar trámite a un proceso administrativo previo a través de los recursos empero lo sierra -sic.- sin la competencia RATIONE MATERIAE, en razón de la materia para poder

expedir el acto administrativo que sirve de acto definitivo y que pone fin al tránsito especial de los recursos, acto expedido por el Alcalde Municipal de la localidad sin expresar motivadamente las razones por las cuales su despacho se hacía competente para conocer del asunto del pago de las horas extras y trabajo suplementario surgido de estas, todo lo contrario incluso en la citación a la conciliación el burgomaestre del municipio emite pronunciamiento aduciendo su falta de competencia para conocer del asunto en razón de la entidad que se debería hacer responsable para el caso la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN VICENTE DE FERRER DEL MUNICIPIO DE SABOYÁ BOYACÁ, sin embargo su despacho se pronunció de fondo sobre los recursos que se propugnaron ante la entidad de la cual era dependiente mi mandante para lo cual quisiera hacer referencia a la naturaleza jurídica de la empresas -sic.- sociales del estado y su justificación jurídica.” (f. 19)

1.2. Contestación de la demanda

Dentro del término legal, las entidades demandadas presentaron la contestación de la demanda en los siguientes términos:

1.2.1. Municipio de Saboyá (f. 163 y ss. c.1):

Dijo que el municipio no sostuvo relación contractual ni laboral con la demandante; que el Alcalde Municipal resolvió el recurso de apelación en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer pero no en calidad de representante legal del Municipio de Saboyá. A renglón seguido señaló:

“...es importante señalar que el presidente de la Junta Directiva no es el superior jerárquico de la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER, sino el presidente de la corporación que para efectos de la contratación del personal de la ESE no tiene la menor injerencia en las decisiones que de manera autónoma toma únicamente quien sirva en el cargo de Gerente, pues como se demostrará en el proceso esta última Empresa Social del Estado, tiene un régimen jurídico especial, y que en últimas se rige por su manual interno de contratación, y por sus estatutos.” (f. 167 c.1)

Propuso como excepciones “Ausencia de responsabilidad del municipio en atención a que la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer ostenta personería jurídica, autonomía administrativa y financiera” y “Falta de legitimación en la causa por pasiva”.

1.2.2. ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer (f. 133 y ss. c.1):

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y afirmó que no existe prueba que demuestre que la demandante laboraba en la jornada que alega.

Propuso las siguientes excepciones: "Excepción de legalidad de los actos administrativos demandados"; "Lo pretendido, desfasa la orbita de lo legalmente posible"; "Inexistencia de violación de normas constitucionales"; "Inexistencia de las causales de nulidad de los actos administrativos en la demanda" e "Inexistencia de los derechos reclamados por la demandante".

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia proferida el 17 de octubre de 2017, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

El problema jurídico se contrajo a determinar si la demandante tiene derecho al pago de horas extras, trabajo suplementario y en consecuencia al reajuste salarial y prestacional, por parte de la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer y de Municipio de Saboyá.

En primer lugar, se pronunció sobre la jornada laboral de los empleados públicos de entidades territoriales y el trabajo suplementario, para ello, citó el Decreto 1042 de 1978 y la Ley 443 de 1998, la sentencia C-206 de 2003 proferida por la Corte Constitucional y concluyó para laborar tiempo considerado como trabajo suplementario, es necesario que las horas extras estén autorizadas previamente por el jefe de la entidad, además, se deben señalar las actividades que se van a desarrollar, siendo propio acreditarlas con precisión.

En segundo lugar, hizo alusión a los turnos de disponibilidad en instituciones prestadoras de servicio de salud, para ello, citó la sentencia C-024 de 1998 proferida por la Corte Constitucional; el Concepto No. 1254 de 9 de marzo de 2000 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; la sentencia de Casación proferida el 11 de mayo de 1968 por la Corte Suprema de Justicia y el Concepto No. 33501 de 19 de febrero de 2016 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

En tercer lugar, sobre la legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Saboyá, indicó que el Alcalde del Municipio de Saboyá está facultado para integrar la junta directiva de la ESE, pero en atención a la autonomía administrativa, por ello, "el hecho que el burgomaestre local sea parte de dicha junta directiva no implica que este funja como superior jerárquico de la entidad prestadora de servicios de salud, contrario

sensu, su participación obedece a la adopción de políticas al anterior de la institución...” (f. 446 vto.)

Al descender al caso concreto, indicó los hechos probados, citó los testimonios practicados en la audiencia de pruebas realizada el 21 y 28 de abril de 2017 y se pronunció sobre la tacha propuesta por las entidades demandadas.

Agregó que si bien la demandante laboró en el cargo de Enfermera Jefe con Código 243 y Grado 6, no se allegó la documentación que dé cuenta de la existencia de la autorización alguna para trabajar horas extras sino que, al contrario, una de las funciones era la de prestar turnos con disponibilidad cuando se requiriera por la necesidad del servicio.

Adujo que la demandante laboró de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., con una hora de almuerzo y a partir del 14 de noviembre de 2014, también los sábados desde las 8:00 a.m. hasta las 12:00 m., lo cual corresponde a lo manifestado por una testigo que manifestó “el horario establecido para el día sábado se dio en razón a la necesidad de quitar las denominadas disponibilidades por los problemas existentes entre la Gerencia y la aquí demandante, así como por la prohibición que se diera de permanecer en la institución en horas que no correspondieran a su horario laboral, por lo cual las horas ya señaladas del día sábado complementaban la jornada laboral semanal que debiera cumplir cada profesional de la salud en la institución” (f. 460). Aclaró que los turnos de disponibilidad no pueden ser confundidos con horas extras, pues en aquellos, el trabajador debe estar atento al llamado y acudiendo a prestar los servicios que sean indispensables cuando las circunstancias así lo requieran.

Señaló que, de conformidad con la documental aportada, no se encuentra registrada la hora de atención de los pacientes y tampoco obra la demandante como persona encargada de la recepción de paciente alguno, a renglón seguido indicó:

“...ello si se tiene en cuenta que las funciones que cumplía la actora corresponden a las de consulta externa para atención de planificación familiar crecimiento y desarrollo entre otras, las cuales eran cumplidas en la jornada laboral que tenía establecida para la prestación de su servicio en la institución. En las documentales que acá se aducen hacen referencia a la atención propia del área de urgencias y de traslado o remisión de pacientes en ambulancia, en las cuales como se indicó líneas anteriores, no se encuentra que la accionante haya prestado atención alguna a los pacientes solicitantes de atención vía urgencias, así como tampoco se encuentra que la bitácora de ambulancia aportada que la demandante haya sido encargada de los pacientes que fueran remitidos por los galenos a entidades de salud de nivel superior a la ESE San Vicente Ferrer Saboyá.” (f. 460 vto.)

Concluyó que ninguna prueba brinda la certeza sobre la existencia de la prestación del servicio en horas extras.

Por lo anterior, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Municipio de Saboyá, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante, presentó recurso de apelación en los siguientes términos (f. 463-472):

- * El Municipio de Saboyá expidió el acto administrativo acusado.
- * La autoridad nominadora incurrió en desviación de poder, falsa motivación y violación al debido proceso.
- * No se valoraron correctamente los testimonios, en los cuales se indica que la demandante laboraba dentro de las instalaciones de la ESE, en supuestas disponibilidades que, en realidad, eran turnos de trabajo, “situación que se niega por el solo hecho de la presunta autorización que se dijo en cada actividad que la misma era de carácter verbal ya que la administradora siempre lo realizaba de esta manera para no dejar evidencias de sus actuaciones...” (f. 465).
- * Que las disponibilidades no corresponden a la realidad de los hechos de la relación de trabajo pues, se realizaban procedimientos denominado turnos, en el que laboraba de manera suplementaria los martes y jueves.
- * Se vulneraron los principios de primacía de la realidad sobre las formas y se acudió al extremo legalismo sobre relaciones laborales. Citó la sentencia proferida el 16 de febrero de 2012 por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso con número interno 1187-11 y la sentencia C-593 de 2014 proferida por la Corte Constitucional.
- * “...queda más que zanjada la situación que se hace referencia respecto de las disponibilidades y de las circunstancias de que las mimas -sic.- por el solo hecho de la actividad de estar sometido al ejercicio del trabajo de por si deben ser remuneradas, y generan una actividad suplementaria, ...” (f. 471 vto.)

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el proveído que admitió el recurso de apelación (fl. 479 c.2), sin que se hubiese presentado solicitud probatoria alguna, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público (fl. 483 c.2), por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del CPACA.

4.1. ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá (f. 486 y ss.):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que la demandante no aportó una prueba fehaciente que evidencie que laboró turnos, horas extras y suplementarias para la entidad demandada; que no fue autorizada para prestar esas labores en la institución y por ello, no puede alegar una serie de pagos e indemnizaciones que no se le deben porque nunca se causaron. Citó distintas sentencias para referenciar el concepto de disponibilidad y solicitó que mantenga incólume la sentencia de primera instancia.

4.2. Municipio de Saboyá: Guardó silencio.

4.3. Parte demandante: Guardó silencio.

4.4. Ministerio Público: No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Tunja, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.1. De la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado y el acto que administrativo que resuelve la apelación:

El apoderado de la parte demandante manifiesta que el Municipio de Saboyá expidió el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación contra el acto que dio respuesta al derecho de petición y por ello debe ser anulado. Por su parte, el juez de primera instancia sostiene que si bien el alcalde municipal suscribió el acto administrativo por el cual se resolvió el recurso de apelación, lo hizo actuando en calidad de presidente de la junta directiva de la ESE y no como representante legal de la entidad territorial, razón por la cual declaró probada la excepción de falta de legitimación en causa por pasiva, respecto del municipio.

En la Resolución No. 021 de 3 de febrero de 2015 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación, contra la decisión de fecha 18 de noviembre de 2014, proferida por la Empresa Social del Estado Centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá” suscrito por el Alcalde Municipal de Saboyá, se indicó (f. 31-34 c.1):

“Al recurso de apelación, que según la argumentación del recurrente interpone para que sea resuelto por parte de la Junta Directiva de la entidad que adelanta el procedimiento administrativo, cabe anotar que, conforme a lo ordenado en la Ley, el superior administrativo o funcional del Gerente de la entidad que adelanta el trámite no es la Junta Directiva de la Entidad sino el Alcalde Municipal, teniendo en cuenta dos aspectos jurídicos a saber:

1.La empresa Social del Estado E.S.E. Centro de Salud San Vicente Ferrer, del municipio de Saboyá, es una entidad descentralizada del orden municipal.

2.Quien designa al representante legal de la E.S.E. Centro de Salud San Vicente Ferrer, del municipio de Saboyá, es el Alcalde Municipal.

(...)

Atendiendo lo anterior, sería del caso rechazar el recurso de apelación por cuanto se adujo un inmediato superior por parte del recurrente que no es el que corresponde según la estructura administrativa de la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior y atendiendo a lo establecido en el espíritu y la esencia de la Ley 1437 de 2011 en la que la protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa son el elemento fundamental y primordial de esta normativa jurídica, lo que constituye el cambio de lógica que busca en el entendimiento por parte de la administración reconocer los derechos de las personas y no sacrificar la formalidad por la sustancia, pretendiendo que sea la administración la que reconozca los derechos sin tener que acudir al juez, habrá que concederse el recurso de apelación ante el Alcalde Municipal de Saboyá para que éste sea quien lo resuelva.” (f. 31 vto.)

El artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 prevé que, por regla general, contra los actos definitivos proceden los recursos de reposición y apelación (ante el inmediato superior administrativo o funcional), sin embargo, establece que no habrá apelación en las decisiones, entre otros, de **los representantes legales de las entidades descentralizadas** ni tampoco aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

A su vez, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 prevé que “La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y

autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, (...)” -Negrilla fuera de texto-

Y el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 establece que “Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, (...)”

Consultada la página de la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá¹, se observa que se trataba de una institución de primer nivel de atención básica, que se transformó en Empresa Social del Estado mediante Acuerdo Municipal No. 068 de 4 de mayo de 2003.

*Así, a partir de 2003 adquirió su connotación de **entidad pública descentralizada**, conforme lo establece el artículo 1º de sus Estatutos (fl. 252) y por ello, no cabía contra la decisión de la Gerente de la ESE, recurso de apelación ni ante la Junta Directiva, ni ante el alcalde municipal.*

*En ese orden de ideas, el acto administrativo expedido por la Gerente de la ESE Centro de Salud de San Vicente Ferrer **no era susceptible de recurso de apelación.***

*Ha sostenido el Consejo de Estado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el **órgano competente**, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma.*

La competencia se encuentra determinada básicamente por tres elementos que no son taxativos ni excluyentes entre sí: material, temporal y territorial, cuya vulneración vicia de nulidad el acto. La incompetencia en razón de la materia se concreta sobre el objeto específico del acto, esto es, sobre las potestades asignadas por el ordenamiento jurídico a la administración y, puede darse por ejercicio de potestades de las que se carece y que están en cabeza de otro, por ejercicio de competencias inexistentes, o por exceso en el ejercicio de las potestades asignadas.

Valga precisar que la falta de competencia material es el más grave de todas, en tanto que además de la violación de una norma legal, transgrede de forma directa la Constitución que estableció como sistema de atribución de competencias a las

¹ <http://www.esesanvicenteferrer.gov.co/>

autoridades públicas, conforme al cual las autoridades sólo pueden ejercer aquellas funciones que expresamente les han sido atribuidas por la Constitución y la ley, responsabilizándolas cuando actúan por fuera de ellas, esto es, cuando incurren en extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En materia administrativa, los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso, se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen “los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera, **el debido proceso administrativo** se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa **limita los poderes** del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”². (Subrayado en el texto).

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que si se comprueba incompetencia del funcionario que emitió la decisión acusada, se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso, en tanto la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen³.

En estas condiciones, no cabía, como lo concluyó el a-quo, considerar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación material por pasiva, que surge cuando el demandado no es responsable de las pretensiones, sino la nulidad del acto demandado al estar viciado por falta de competencia.

²Sentencia T-465 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³Sentencia T- 929 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

5.2. De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales:

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 12 de febrero de 2015, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), Actor: Omar Bedoya, precisó en relación con la jornada laboral de los empleados territoriales, lo siguiente:

“2.- Marco jurídico y jurisprudencial⁴

- De la Jornada Laboral de los empleados públicos territoriales. Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.

De acuerdo con la tesis adoptada de antaño por la Sección⁵, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978. Lo anterior, con apoyo en los siguientes argumentos:

“Si bien el Decreto 1042 de 1978 en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, “el artículo 3^o”⁶ (sic) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998.

El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que

⁴ Marco jurídico tomado de la sentencia de 30 de agosto de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-03941-01 (0739-10). Actor: CARLOS MARIO PINO MUNERA. Demandado: MUNICIPIO DE COPACABANA – ANTIOQUIA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁵ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

⁶ Debe entenderse que se trata del artículo 2º de la Ley 27 de 1992 en cuyo texto se leía: “ARTÍCULO 2o. DE LA COBERTURA. Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales...”

hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo.

*La Sala prohija una vez más, en esta oportunidad, la tesis ya definida por la jurisprudencia sobre la normatividad aplicable a los empleados territoriales en materia de jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerarse adicionalmente que partiendo de que el régimen de **administración de personal** civil contenido en el Decreto 2400 de 1968 se refiere a la clasificación de empleos, condiciones para el ejercicio del empleo (ingreso, deberes, derechos, prohibiciones⁷, régimen disciplinario, calificación de servicios, situaciones administrativas, retiro del servicio), capacitación, carrera administrativa, organismos para la administración de personal, resulta válido afirmar que la jornada de trabajo es un concepto que hace parte de la noción genérica de “**administración de personal**”.*

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

Para abundar en razones, se tiene el contenido de la sentencia C-1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales. En dicha providencia la Corte Constitucional precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos, y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regularon el tema de la jornada de trabajo máxima legal:

“En sentir del demandante, dicha norma, en cuanto adiciona el Decreto 2400 de 1968 que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama Ejecutiva del poder público, resulta aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial, pues el artículo segundo de la Ley 27 de 1992 así como el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 443 de 1998, hicieron extensivas a este clase de servidores las normas del referido Decreto 2400 de 1968, incluidas las disposiciones que lo modifican o complementan.

A juicio de la Corte, coincidiendo en ello con el concepto del señor procurador, tal aplicación extensiva no cabe en relación con los trabajadores oficiales del sector territorial, toda vez que las normas que disponen esta aplicación gobiernan al personal de carrera administrativa exclusivamente, dentro del cual no se encuentran los

⁷ A los empleados les está prohibido entre otras conductas, realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la **jornada de trabajo**.

referidos trabajadores, quienes, por consiguiente, continúan rigiéndose en lo concerniente a jornada de trabajo máxima legal, por la norma contenida en el artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, ahora bajo examen.

Conforme con lo expuesto, la disposición acusada se encuentra vigente pero cobija únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos, así como de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones han venido a regular el tema de la jornada de trabajo máxima legal.”

De lo anterior, es claro entonces, que el régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien, dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

*De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.*

“ARTICULO 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 extras⁸.”

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

⁸ Modificado en lo pertinente por los artículos 1° al 3° del Decreto 85 de 1986.

Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁹ y por excepción la Ley 909 de 2004¹⁰, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

*La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, así pues, éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer, se encuentra por ejemplo **el trabajo nocturno** comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o **el trabajo suplementario por dominicales y festivos**, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica...”*

Dentro de los anteriores lineamientos será examinado este proceso, quedando claro que la demandante era una empleada del orden territorial, vinculada a una Empresa Social del Estado del orden municipal.

5.2.1. Las horas extras:

El decreto ley antes citado, también estableció las horas extras así:

Artículo 36°.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes 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.

- b. ***El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.***
- c. *El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.*

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

⁹ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

¹⁰ Artículo 22.

- 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.*

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

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

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

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.” -Negrilla fuera de texto-

5.2.2. De los turnos de disponibilidad:

De tiempo atrás, sobre los turnos de disponibilidad, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación proferida el 11 de mayo de 1968, indicó:

“... no toda “disponibilidad” o “vocación” permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada “disponibilidad” tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda “disponibilidad” dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral,

“No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de “disponibilidad” como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad” si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando esté presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la “disponibilidad” normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el

trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado, pero ello también ocurre ya en tratándose específicamente del servicio a otros patronos, con la cláusula de exclusividad en el contrato, sin que tal pueda significar una jornada laboral veinticuatro horas. Más la sola “disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que queda compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria...” -Resaltado fuera de texto-

Y, reciente sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentó la aclaración sobre la disponibilidad siendo magistrado ponente Jorge Luis Quiroz Alemán, dijo:

*“La disponibilidad es aquella parte que permite el **cabal desarrollo de la dependencia o subordinación a cargo del empresario**. En otros términos, sin la disponibilidad del trabajador no sería posible que el empleador ejerciera el poder subordinante que le otorga el contrato de trabajo, como elemento esencial del mismo” (...) “lo hasta aquí expuesto da pie para concluir que así como esa limitación –fin de la producción– demarca el poder de dirección, mando y sujeción a cargo del empresario, significa que **ejercidos adecuadamente estos poderes, el reclamo del trabajador a percibir una remuneración se circunscribe, igualmente, a tal referente productivo.**”¹¹
(Resaltado fuera de texto)*

Ahora, en la misma sentencia de unificación antes citada¹² luego de plantear los antecedentes jurisprudenciales relativos a jornadas de trabajo especiales, precisó el Consejo de Estado:

*“...Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una **jornada especial**. Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹³, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁴, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y*

¹¹ SL 55584 de 2017

¹² 12 de febrero de 2015, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), Actor: Omar Bedoya

¹³ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

¹⁴ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

Lo anterior, toda vez que un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

En este orden de ideas, para la Sala no cabe duda que debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función, y no el Decreto 388 de 1951 por el cual se estableció el reglamento del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las siguientes razones:

(i) Porque la norma de carácter territorial no se ocupó de regular lo pertinente a la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y en esos casos la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que ante la ausencia de una regulación sobre la jornada especial debe darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada¹⁵ por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y

¹⁵ Hay derogación tácita, cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden concertarse con las de la ley anterior, es decir que van en contravía con lo establecido en la ley esta, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 71 del código civil, el cual establece lo siguiente:

"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial".

como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición.

(...)

Insiste la Sala en que el establecimiento de una **jornada especial** de trabajo por el jefe del respectivo organismo **implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹⁶, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁷, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas.** (Subrayado fuera de texto)

En este caso, no se ha indicado que la entidad demandada contara con norma especial que regulara los turnos de disponibilidad de los profesionales de la salud que se encontraban adscritos a ella, en consecuencia, debe acudirse a la general, que se insiste, es el Decreto 1042 de 1978 y que dispone específicamente en su artículo 35 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el **sistema de turnos**, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso”.

En este sentido, ya la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto número 1254 de 9 de marzo de 2000, con ponencia del Consejero Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, sobre los turnos de disponibilidad **para el sector salud**, había indicado en igual sentido lo siguiente:

“Turnos de disponibilidad

En punto a los turnos de disponibilidad no existe norma expresa que los regule y, por consiguiente, es necesario recurrir a la analogía para dilucidar el tema.

¹⁶ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

¹⁷ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

Conforme a las normas generales - decreto 1042 de 1978 -, la asignación básica del empleo público corresponde a jornadas de 44 horas semanales las cuales puede la administración ajustar a las necesidades del servicio, señalando los horarios que estime pertinentes. Adicionalmente el artículo 5° de la ley 269 de 1996 autoriza la adecuación de la jornada laboral.

La ejecución de las labores encomendadas debe cumplirse, normalmente, dentro de la jornada de trabajo señalada por la administración. Las actividades laborales cumplidas por fuera de tal jornada constituye trabajo suplementario, remunerado como quedó establecido.

Sin embargo, algunas instituciones hospitalarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud, particularmente en el área de los médicos especialistas, establecen turnos de disponibilidad, denominados de llamada, que se cumplen por fuera del lugar de trabajo.

Ahora bien, si el profesional se encuentra en el lugar de trabajo disponible, cumpliendo su jornada laboral, tales turnos se pagarán en las condiciones en que fueron prestados, reconociéndosele todo trabajo suplementario a la jornada respectiva.

Si se trata de turno de disponibilidad por fuera del lugar de trabajo, en condiciones tales que el servidor está en posibilidad de disponer de su tiempo, pero obligado a responder de inmediato el llamado de la administración, pueden presentarse, por lo menos, las siguientes situaciones:

- Que el servidor esté cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad esté comprendido en ella. Si se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

- Que el empleado esté cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad haga parte de la misma y no se preste servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada. En este evento, conforme a la normatividad vigente, solo se tendrá derecho a la asignación básica.

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivan de dichas condiciones laborales.

Esta es una manera de racionalizar los turnos de disponibilidad, resguardando que ellos se cumplan dentro de las jornadas de trabajo señaladas por la entidad, reconociendo como suplementario todo trabajo cumplido por fuera de ellas, sea presencial o no

(...)

8. Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor está cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está

comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica.” -Resaltado fuera de texto-

Recuérdese que sobre este aspecto, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, desde la sentencia del 2º de abril de 2009 dictada dentro del expediente N° 9258 de 2005¹⁸; puntualizó que “el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978 porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador”.

De lo expuesto, entonces, el Decreto 1042 de 1978 que fue modificado en algunos apartes por el Decreto 10 de 1989, considera como trabajo en horas, extras, aquel que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, las cuales deben ser autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quienes hubiere delegado tal atribución, como lo concluyó el a-quo.

Sin embargo, como lo indica la jurisprudencia traída a colación, en el ordenamiento jurídico no existe disposición legal que regule la materia de turnos y disponibilidad de los empleados de la salud; pero procede reconocer este trabajo como de horas extras **cuando los turnos de disponibilidad se cumplen en el lugar de trabajo**, de suerte que el empleado no pueda realizar otras actividades.

Abordará entonces la Sala el análisis de este caso sobre la base de las normas y criterios jurisprudenciales traídos a colación anteriormente.

5.3. Análisis probatorio del caso:

En el plenario se encuentran las siguientes pruebas relevantes:

Mediante la Resolución No. 043 de 2 de mayo de 2013 expedida por la Gerente de la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá (f. 55-56), se nombró en

¹⁸ Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, demandante: José Dadner Rangel Hoyos y otros.

provisionalidad a Luz Mery Martínez García en el cargo de Enfermera Jefe, con una asignación mensual de \$1.600.000; se precisó que “según la naturaleza del cargo y las necesidades del servicio se **requiere de la disponibilidad del profesional** para el cumplimiento del objeto social de la empresa y el buen servicio al usuario, teniendo en cuentas que su vinculación es legal y reglamentaria, y no dependen de la voluntad de las partes de establecer las condiciones en las cuales se prestará el servicio” (f. 56 c.1). La demandante tomó posesión del cargo el mismo día (f. 57 c.1)

En efecto, en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales (f. 58) se encuentra determinado el cargo de Enfermero Código 243 y Grado 06 en el cual el superior sería el gerente y, entre otras, tenía la función de “Prestar **turnos de disponibilidad** cuando se dispongan y se requieran por la necesidad del servicio” (f. 59) y ejercer las demás asignadas y que sean afines con la naturaleza del cargo.

El 14 de noviembre de 2014, la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá, Omaira Peña Peña, mediante oficio dirigido a la demandante, informó que, **a partir de esa fecha**, el servicio de enfermería tendría el horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 a 4:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00m. La demandante firmó el recibido del escrito y dejó la constancia: “Se aclara q’ a la fecha no se conoce acto administrativo donde se rige el cambio de turno” (f. 74 c.1)

De lo narrado se concluye:

- a. En la resolución de nombramiento, expresamente se indicó que **era necesaria la disponibilidad** para cumplir el objeto social de la ESE, además, porque en virtud de la relación legal y reglamentaria, no era posible establecer las condiciones para prestar el servicio.
- b. Una de las funciones de la Enfermera Jefe era **prestar turnos de disponibilidad** según la necesidad del servicio.
- c. A partir del **14 de noviembre de 2014**, varió el horario de la demandante. Laboraba lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 4:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m.
- d. La ESE no expidió acto administrativo de carácter general que regulara una jornada especial para el personal de salud, vinculado a la entidad.

A folio 149 del cuaderno 1 obra certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 21 de octubre de 2016 en la cual se lee que

“históricamente ha manejado el horario para enfermera de 7:00 am y 02:00pm de lunes a viernes -sic.- y el día sábado de 08:00 am a 12:00 pm.” (f. 149).

Sea lo primero señalar que las entidades oficiales no determinan la jornada por la costumbre “histórica”, sino que ella está establecida en la ley. En segundo lugar, a folio 74, como se reseñó, obra comunicación dirigida a la demandante, se informó que el **nuevo horario** sería de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 a 4:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00m., en consecuencia, ello permite concluir que existía antes del 14 de noviembre de 2014 un horario diferente. Al respecto, además, los testigos coinciden en que fue cambiado el horario; cada uno indicó:

- **Diana Patricia Pérez Ruge (CD f. 413):** Dijo que, cuando la demandante presentó los derechos de petición, la Gerente de la ESE decidió cambiar las horas a los sábados, sin embargo, manifestó que no estaba segura qué fecha (min. 14:14:34)
- **Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414):** Indicó que se cambió el horario de la demandante a los sábados (min. 9:00), el cual ocurrió en noviembre de 2014 (min. 14:55).
- **Yarmarleny Ruíz Laitón (CD f. 415):** Sostuvo que por los derechos de petición presentados se cambió el horario de las disponibilidades para los sábados (min. 18:50).
- **Omaira Peña Peña (CD f. 419):** En principio, indicó que la demandante no laboraba los sábados (min. 8:40), sin embargo, luego reconoció que, cuando la demandante y su grupo de trabajo (médicos, celador y auxiliar de servicios generales) presentaron los derechos de petición, se cambió el horario; la demandante ya no cumplía ningún tipo de disponibilidad y se le completaron las 44 horas semanales con la jornada del sábado; aclaró que esto se le comunicó a la demandante por escrito (min. 18:02)

Ahora, a folio 151 obra certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 21 de octubre de 2016 que certificó que “no se evidencia que la enfermera LUZ MERY MARTÍNEZ laborara por fuera del horario habitual de la institución”. No obstante, los testigos coincidieron en que la demandante los viernes, cada 15 días, asistía a clases de especialización; y sobre el horario que cumplía, indicaron:

- **Diana Patricia Pérez Ruge (CD f. 413):** Sostuvo que debía cumplir horarios de turnos nocturnos¹⁹ los martes y jueves con la demandante (min. 1:13:40); que los martes cumplía su horario normal y hacía la noche, el jueves generalmente “la Jefe” (demandante) era quien hacía las brigadas porque hacía todas las actividades de su especialidad y en la noche debía continuar el turno con el médico que estuviera también en el mismo horario (min. 01:14:10); que el horario que la demandante tenía establecido era los martes y jueves en la noche, “la jefe de rural no hacía y el resto era por auxiliares de enfermería que cubrían el resto de turnos y fines de semana” (01:18:00).
- **Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414):** Dijo que realizaba con la demandante turnos nocturnos de acuerdo a una secuencia que llevaban. Que ingresaba a las 7:00 a.m., hacía consulta externa hasta las 4:00 p.m., hora en la que recibía al médico que estuviera en el turno de urgencias y permanecían hasta las 7:00 a.m, del día siguiente cuando llegaban nuevamente los médicos y desde esa hora hasta las 4:00 p.m. (min. 07:06); que la demandante hacía los turnos nocturnos los martes y jueves con él (min. 13:09).
- **Yarmarleny Ruíz Laitón (CD f. 415):** El horario de la demandante era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 a 4:00 p.m. También entraba en el horario de disponibilidad y tenía asignados los martes (Min. 12:23); que a partir de la salida la demandante debía estar atenta al llamado (min. 13:03)
- **Yeimy Viviana Herrera Reina (CD f. 414):** Sostuvo que la actora hacía turnos los martes y jueves (min. 3:52) después de las 4:00 p.m. toda la noche e ingresaba a laborar al día siguiente a las 7:40 a.m. y entregaba el turno el miércoles a las 4:00 p.m. (min. 8:00).
- **Audelio Rojas Cortés (CD f. 414):** Dijo que todos llegaban a las 7:00 a.m. y salían a las 5:00 p.m.; que se encontraba en las horas de la noche cuando él estaba en disponibilidad (min. 30:50).
- **Juan David Vega Padilla (CD f. 414):** Se limitó a manifestar su inconformismo con el horario y las horas extras que debía laborar, así mismo dijo que la demandante debía hacer consulta de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 a 4:00 p.m. y que, además, de 4:00 p.m. a las 7:00 a.m. del día

¹⁹ Minuto 1:14:01

siguiente debía permanecer en la institución (min. 1:05:33); sin embargo, manifestó no recordar qué días hacían el turno nocturno.

- **Omaira Peña Peña (CD f. 419):** Dijo que el horario de la demandante era de lunes a viernes de 7 a 1 y de 2 a 4, el viernes ella pedía permiso en las horas de la tarde para ir a estudiar; cumplía la disponibilidad el martes y jueves (min. 11:03).

De lo hasta acá relacionado, se concluye que Luz Mery Martínez García cumplía una jornada laboral de lunes a viernes desde las 7:00 a.m. hasta la 1:00 p.m. y de 2:00 a 4:00 p.m. Sólo, **a partir del 14 de noviembre de 2014, dejó de ejercer la disponibilidad** y empezó a laborar los sábados desde las 8:00 a.m. hasta las 12:00m. En dichos horarios cumplía funciones de consulta²⁰, crecimiento y desarrollo, citologías²¹, planificación familiar²², control de jóvenes²³ y los jueves hacía brigadas²⁴.

La demandante sostiene que la disponibilidad consistía en **quedarse en la institución** y hacer “toda la parte de urgencias o pues todos los pacientes que llegaran y durábamos toda la noche con el médico” (CD. f. 414, min. 14:12); que tenía autorización para laborar en el horario nocturno señalado, porque ese había sido el horario laboral que se le “destinaba” y que estaba en disponibilidad toda vez que el municipio solo prestaba ese servicio después de las 5:00 p.m. (min. 15:20). Finalmente, dijo que los días que denominaban disponibilidad en los cuales se laboraba de 5:00 p.m. a 7:00 a.m. del día siguiente; se cumplía ese horario los martes y jueves (min. 13:33).

Por su parte, los testigos manifestaron:

- **Diana Patricia Pérez Ruge (CD f. 413):** Los martes cumplía su horario normal y hacía la noche, el jueves generalmente “la Jefe” (demandante) era quien hacía las brigadas porque hacía todas las actividades de su especialidad y en la noche debía continuar el turno con el médico que estuviera también en el mismo horario (min. 01:14:10) y luego dijo:

²⁰ Omaira Peña Peña (CD f. 419), min. 10:36.

²¹ Diana Patricia Pérez Ruge (CD f. 413), min. 01:17:10; Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414) min. 6:30

²² Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414) min. 6:30; Juan David Vega Padilla (CD. f. 414), min. 10:00:38.

²³ Yarmarleny Ruíz Laitón (CD f. 415), min. 11:15.

²⁴ Diana Patricia Pérez Ruge (CD f. 413), min. 01:14:10; Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414) min. 5:19.

*“Teníamos nuestro horario de consulta era de 7 de la mañana, el de la jefe iba una hora más, cuando empezamos nosotros era de 7 de la mañana a 4 de la tarde, teníamos una hora de almuerzo y a las 4 empezaba lo que era el **turno**, se iba toda la parte administrativa, la parte administrativa se va una hora después porque ellos no van los sábados entonces ellos cumplían de 7 a 5 y nosotros la parte asistencial cumplíamos de 7:00 a 4:00 incluyendo el área de bacteriología y el área de farmacia y a las 4 **empezaba el turno**, se cumplía hasta las 7:00 de la mañana del otro día; ahí **empezaba la jornada laboral nuevamente**” (min. 01:19:20).*

- **Jorge Andrés Sánchez Jiménez (CD f. 414):** Ingresaba a las 7:00 a.m., hacía consulta externa hasta las 4:00 p.m., hora en la que recibía al médico que estuviera en el turno de urgencias y permanecían hasta las 7:00 a.m., del día siguiente cuando llegaban nuevamente los médicos y desde esa hora hasta las 4:00 p.m. (min. 07:06). Luego, sobre la situación de la demandante dijo: *“ella estaba conmigo los martes y los jueves dependiendo de la secuencia que llevaban los médicos realizábamos los turnos desde las 4:00 p.m. que era cuando recibíamos todo lo que quedaba pendiente en sala de observación y hasta el siguiente día que volvíamos a **entregar turno** hasta las 4:00 p.m.”* (min. 03:38);
- **Yeimy Viviana Herrera Reina (CD. f. 414):** Indicó que *“la Jefe Luz”* (demandante) laboraba los martes y jueves con ella porque hacía **turnos** (min. 3:52); que el martes ingresaba a las 7:00 a.m. y entregaba **turno** el miércoles a las 4:00 p.m.
- **Audelio Rojas Cortés (DC f. 414):** Sostuvo que se encontraba con *“la Jefe Luz”* (demandante) en horas de la noche (min. 30:50) y que en ese horario algunas veces tuvieron que llevar pacientes al Hospital de Chiquinquirá (min. 39:21) y cuando volvían él dejaba la ambulancia y *“la jefe”* se quedaba en la ESE (min. 40:09); adicionó que se encontraba con *“la Jefe Luz”* porque ella los llamaba para recoger los pacientes en las noches (min. 49:40)
- **Juan David Vega Padilla (CD f. 414):** El testigo manifestó que, en efecto, hacían turnos desde las 4:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. del día siguiente; sin embargo, pese a que dijo que era compañero de *“la Jefe Luz”* sostuvo que no recordaba los días que trabajaban (min. 1:02:05).

Si bien la demandante indicó que los **turnos** empezaban a las 5:00 p.m., los testigos coinciden en que los **martes y jueves** prestaban **turnos desde las 4:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. del día siguiente**. Así mismo, la Gerente de la ESE, Omaira Peña Peña, y las certificaciones allegadas al plenario señalaron que el horario de la demandante terminaba a las 4:00 p.m.

De otra parte, las testigos Omaira Peña Peña y Yarmarleny Ruiz Laitón, indicaron:

- **Yarmarleny Ruiz Laitón (CD f. 415):** Sostuvo que en la ESE **no existen los turnos**, toda vez que están diseñados por instituciones que prestan el servicio 24 horas y la ESE solo presta servicio de consulta y urgencias (min. 3:30); que al momento de firmar el contrato la Gerente decía a los empleados que debían vivir en la jurisdicción del municipio y acudir al llamado en caso de urgencia (min. 5:30); que la única persona que se quedaba en la noche era el Conserje quien recibía la urgencia y llamaba a los médicos (min. 8:36).

No obstante, más adelante afirmó que eventualmente se prestaron servicios de urgencias que requerían el traslado de los pacientes a Chiquinquirá, esa era la disponibilidad y se compensaban a la jornada laboral; “cuando tenían en la noche, surgían cosas como esas, que de pronto les hubiera demandado tiempo al otro día les corrían la agenda para que tuvieran un poquito más de descanso” No le consta si en el momento de la urgencia los médicos y las enfermeras se encontraban en sus residencias o en la ESE (Min. 01:04:07 y 01:05:05). Igualmente, aseveró:

“A mi consta que los haya visto pues de pronto sí alguna vez que alguno se haya quedado hasta tarde, estaban ahí, pero como le digo la doctora no les decía váyase, muchas veces estaban leyendo un libro o mirando televisión o estaban haciendo los trabajos de la universidad en los computadores de la institución, (...) Yo recuerdo haber visto alguna vez a la jefe haciendo trabajos de la universidad en la institución fuera del horario” (Min. 01:00:27 y 01:01:06)

Como se evidencia, la testigo inicialmente manifestó que la única persona que permanecía en las noches era una conserje, sin embargo, a continuación, aceptó que en horas de la noche veía a personal de salud **quedarse hasta tarde** leyendo o viendo televisión y que **no le consta** si permanecían o no en las instalaciones de la ESE.

Y agregó que la institución tenía un cuarto de descanso ocasional, “se convirtió en un hábito generalizado de quedarse en el cuarto, cuando ellos ingresaban a laborar”. Todas las personas, incluso administrativos, lo usaban; los médicos lo destinaban a ver películas o partidos de fútbol (min. 4:50 y min. 47:00 CD 4)

- **Omaira Peña Peña (CD f. 419):** Dijo que la institución es una ESE de primer nivel de atención ambulatoria (min. 8:00) que los turnos se manejan en los hospitales que funcionan las 24 horas y, por el contrario, en los municipios

se aplica la disponibilidad para los profesionales; que, como no tenían servicios hospitalarios que demandaran turnos, se prestaban los servicios de lunes a viernes y se fijaba una **disponibilidad** que se trataba de **una llamada en caso de urgencia** (min. 9:30) y completaban el tiempo de la jornada laboral semanal (min. 1:06:16); que, en el caso de la demandante, la cumplía los **martes y jueves** (min. 11:03) pero no se programaron traslados en horas nocturnas (min. 42:00).

Dijo que en la ESE un cuarto destinado para el descanso, para ver televisión, para compartir, la institución ofrecía un lugar de descanso, y era potestativo de los profesionales quedarse o retirarse a su residencia; alguna vez, por voluntad, decidieron quedarse en las instalaciones (min. 16:55).

Observa la Sala que la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer del Municipio de Saboyá y Yarmarleny Ruiz Laitón, quien laboraba como Tesorera, manifestaron existía disponibilidad pero los empleados desarrollaban actividades personales y debían acudir a la institución **solo cuando se presentaba una urgencia**; sin embargo, los testigos de la parte demandante coinciden que en las noches la demandante **permanecía en la ESE para prestar el servicio** de urgencias y que ellos, verbigracia, los médicos rurales, prestaban el servicio en el mismo turno, esto es, los martes y jueves.

En interpretación del artículo 187 del CPC cuya redacción es similar del 176 del CGP, la jurisprudencia de las Altas Cortes ha considerado que si en un proceso se encuentran dos grupos de testigos que afirman situaciones contrarias, el Juez puede otorgarle credibilidad a uno de estos teniendo en cuenta el contexto de los hechos narrados, pues precisamente se trata de "(...) valorar el acervo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C. de P.C.) y, por ende, no se puede calificar dicha determinación de errada, sino como el cumplimiento de la función de administrar justicia conforme al ordenamiento que lo regula."²⁵

Considera esta Sala que resultaba razonable que la Gerente de la ESE, quien en reiteradas ocasiones negó a la actora el pago de trabajo suplementario o de horas extras²⁶, en su testimonio admitiera la disponibilidad sólo si se presentaba una

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia proferida el 28 de julio de 2017. SC10295-2017. Radicación N° 76111-31-10-002-2010-00728-01

²⁶ Certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 21 de octubre de 2016 en la que se lee que "no se evidencia orden escrita mediante las cuales se obliga a la enfermera LUZ MERY MARTÍNEZ a laborar por fuera del horario establecido en la institución" (f. 152);

urgencia y no de manera permanente pues, además, su condición de representante o exrepresentante legal de la entidad demandada tenía un marcado interés contrario al de la actora; sin embargo tanto ella como la tesorera, admiten que existía una habitación en la cual descansaban los profesionales **durante el mencionado turno**, veían televisión o compartían, es decir, permanecían en el lugar de trabajo. Agréguese que si la tesorera, señala que vio a la demandante hacer trabajos académicos durante su turno en el lugar de trabajo, lo que se infiere es que **permanecía en la ESE durante el turno de disponibilidad**.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que quienes tuvieron conocimiento **directo** de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se desarrollaba la labor de la demandante, coinciden en afirmar la **permanencia en la institución durante los turnos de disponibilidad**.

En estas condiciones, considera esta Sala merece credibilidad el hecho de la permanencia en la institución durante los turnos de disponibilidad que, como se indicó inicialmente, hacía parte de las obligaciones laborales de la actora, conforme al acto de nombramiento y posesión, es decir, a diferencia de las horas extras **eventuales**, no requería autorización expresa, al punto que cuando la demandante solicitó el reconocimiento de horas extras, la entonces gerente de la ESE en Oficio de 1 de septiembre de 2014 (f. 65-66) al contestar la petición le precisó:

“3.- Teniendo en cuenta su petición, es importante señalarle que por expresa disposición del artículo 3 del Código Sustantivo Laboral, las relaciones de derecho individual de carácter público NO las regula esta norma, por lo que habiendo invocado usted la misma, no le asiste razón a su solicitud, toda vez, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 ibidem, la normatividad aplicable para su relación jurídico laboral con la ESE, es regida por otros estatutos.

4- Hay que tener en cuenta que su vinculación con la ESE, como usted muy bien lo señala, ya que lo adjunta, es de carácter legal y reglamentario, lo que

Certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 21 de octubre de 2016 que informa que “no se cuenta con ningún -sic.- soporte de pago de horas -sic.- extras o disponibilidad a la profesional del área de enfermería LUZ MERY MARTINEZ en la institución de la ESE centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá” (f. 154); Certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 15 de marzo de 2017 que informó que “no se evidencia cuadro de turnos para la Señora Luz Mery Martínez García, correspondiente al periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2.013 al 07 de marzo de 2.015 en la ESE Centro de Salud san Vicente Ferrer de Saboyá.” (f. 321 c.1); Certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 15 de marzo de 2017, que indica que “no se evidencia constancia o certificación en la que indique que a la Señora Luz Mery Martínez García, le fueron autorizadas horas extras durante su periodo laborado, en la ESE Centro de Salud san Vicente Ferrer de Saboyá” (f. 345 c.1); Certificación expedida por la Gerente de la ESE San Vicente Ferrer de Saboyá el 21 de octubre de 2016 que indica que “no cuenta con ningún acto administrativo que estipule el horario de trabajo, para el equipo interinstitucional de salud” (f. 150)

quiere decir, que las condiciones laborales no se discuten ni mucho menos se acuerdan, toda vez, que estas condiciones están regidas por la Ley, no siendo la autonomía de la voluntad de quienes sostienen le -sic.- relación jurídico laboral, un elemento en el que se pueda llegar a algún acuerdo.”
 (Resaltado fuera de texto)

Obsérvese que la ESE no negó que se existiera servicio adicional a la jornada normal, sino que no podían reconocerse por cuanto no encontraba sustento legal para ello, respuesta que, además, corrobora que no existía acto administrativo que regulara los turnos de disponibilidad en la ESE.

Ahora bien, no sólo los testimonios que se han examinado dan cuenta de la permanencia en la institución durante los turnos de disponibilidad, en efecto, a folios 158 a 215 del Anexo 1, obra copia del Libro de Radicación de Ingresos de Pacientes en Horario Diurno y Nocturno durante el tiempo en que Luz Mery Martínez García laboró en la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer. Previo a estudiar el mencionado documento, debe advertir la Sala que todos los testigos se refieren a la demandante como “La Jefe” o “Jefe Luz”.

En la tabla que relaciona los pacientes atendidos, se diligenciaban casillas de fecha, hora de llegada del paciente, nombre del paciente, nombre del auxiliar de enfermería entre otros. La demandante, quien firmaba como **Jefe Luz** atendió los siguientes pacientes:

Fecha	Día	Hora de llegada del paciente	Nombre del paciente	Folio (Anexo 1)
07/02/2013	Jueves	17+00 – 17+10	Miguel Giovany Sánchez	158 y 159
07/02/2013	Jueves	7:45 – 7:48	Cristóbal Rodríguez	158 y 159
25/02/2013	Lunes	7+30 pm	Arnulfo Ávila Peña	160
26/02/2013	Martes	16+10	Laura Liliana Sánchez	160
18/03/2013	Lunes	7+45	José (ilegible)	161
28/03/2013	Jueves	7pm	Fredy Alexander Sánchez	162
08/04/2013	Lunes	10+11	Juan de Dios Parada	160
10/04/2013	Miércoles	2+00 am	Ismenia Rodríguez	163
14/05/2013	Martes	7+00	María Burgos	165
14/05/2013	Martes	6+30	Marcelo Perilla	165
11/06/2013	Martes	9+30	Elmer Niño	168
11/06/2013	Martes	10+45	Jesús Iván Peña	168
13/06/2013	Jueves	8+00	Yeimy Aide Poveda	168
11/07/2013	Jueves	6+30 p.m.	(...) Cortés	171
11/07/2013	Jueves	7+30 p.m.	Duvan (...).	171
16/07/2013	Martes	4+40	Germán Niño	172
16/07/2013	Martes	4+45	Dayana Rojas	172
15/08/2013	Jueves	8+00	Doris Amanda V.	174
12/09/2013	Jueves	9+20	Elisa Díaz	176
19/09/2013	Jueves	16+30	Jeidy Sánchez	176
08/10/2013	Martes	5+30	Cristian Salas	178
23/10/2013	Miércoles	2+00	Ana Torres	178
31/10/2013	Jueves	6+00	Nohema Ortiz	179
31/10/2013	Jueves	7+30	Ana Villamil	179

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luz Mery Martínez García
Demandado: ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá
Expediente: 15001-33-33-006-2015-00175-01

01/11/2013	Viernes	1+00	Julio Cárdenas	179
22/11/2013	Viernes	11+10	Solmy (...) Alarcón	180
26/11/2013	Martes	8+00	David Roza	181
10/12/2013	Martes	12+40	Ismael Castellanos	181
12/12/2013	Jueves	4+00	Luis Abril	182
17/12/2013	Martes	16+20	Samuel Vicente Villamil	182
02/01/2014	Jueves	5+00	Isabel Zambrano	183
09/01/2014	Jueves	5+00	Juan David Poveda	183
16/01/2014	Jueves	18+30	Silvia Adelina Murcia	184
28/01/2014	Martes	16+00	María Rivera	185
06/02/2014	Jueves	3+30	Diego Alejandro (...)	185
06/02/2014	Jueves	9+30	Edil Jefferson Romero	185
07/02/2014	Viernes	5+00	Ana Marina (...)	185
27/02/2014	Jueves	8+30	Marcela Padilla Ortiz	187
27/02/2014	Jueves	8+30	Johana Niño	187
04/03/2014	Martes	7+40	Daniel Sierra	187
22/04/2014	Martes	6pm	Julio Roberto Cely	190
09/05/2014	Viernes	1.50 am	Cecilia Roza	191
03/06/2014	Martes	4+00	Laura Liliana Rodríguez	191
03/06/2014	Martes	8+00	Jorge Alirio Ávila	191
31/07/2014	Jueves	7+30 pm	Hellen Mariana Martínez	199
31/07/2014	Jueves	8+00	Alba Ávila Castellanos	199
12/08/2014	Martes	10+30	Elkin Umata	200
02/09/2014	Martes	6+30	José María Bernal	202
02/09/2014	Martes	23+35	Germán Ramiro Quiroga	202
18/09/2014	Jueves	21+00	Manuela Padilla Ortiz	204
16/10/2014	Jueves	16+00	Gabriel Fernando Susa	206
16/10/2014	Jueves	8pm	Emily Johan Reyes	206
30/10/2014	Jueves	4+00am	Blanca Nieves	207

Lo anterior denota que, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, no se trataba de simples llamadas para atender pacientes que eventualmente se presentaran al centro asistencial, sino de una atención que requería la presencia en la institución en el momento en que el servicio fuera solicitado. Téngase en cuenta, además, que al plenario no se trajo prueba alguna que acredite, siquiera de lejos, quien era la persona encargada de efectuar el llamado a los profesionales en turno, en estas condiciones, fuerza admitir que se ha demostrado la permanencia en la institución durante el turno de disponibilidad asignado a la actora.

Debe advertir la Sala que en la prueba documental obrante en los anexos 1 a 3 obran los formatos de bitácora de ambulancia, no obstante, ninguno está firmado por la demandante; además a folios 179 y siguientes del anexo 3, obra copia del listado de pacientes atendidos por Luz Mery Martínez García, si bien se indica el nombre del paciente y la fecha de consulta, no puede colegirse que estas se hayan desarrollado en horario distinto al que cumplía la demandante, en tanto no se consignó la hora del registro (f. 179 y ss. Anexo 3).

De las pruebas relacionadas, colige la Sala que la señora Luz Mery Martínez García laboraba, además de su jornada diurna, los martes y jueves desde las 4:00 p.m. hasta las 7:00 a.m. del día siguiente.

A juicio de esta Sala la realidad fáctica del caso no puede ser desconocida, si bien en el manual de funciones y el acto de nombramiento se trataba de una disponibilidad, en principio entendida como la atención al llamado de urgencia, lo cierto es que se trataba de una disponibilidad que exigía la permanencia en las instalaciones de la ESE y por ello, debe ser remunerada.

Ahora bien, Omaira Peña, Gerente de la ESE manifestó que dicha disponibilidad de la demandante hacía parte de la jornada laboral; sin embargo, la demandante trabajaba de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. con 1 hora de almuerzo, es decir, 8 horas diarias, en estas condiciones, las horas adicionales no pueden ser consideradas parte de su jornada ordinaria.

En ese contexto, la Sala no puede desconocer la situación fáctica del caso concreto pues, es cierto que en los actos administrativos se habló de disponibilidad pero la realidad procesal demuestra que existió trabajo suplementario.

Recuérdese que el artículo 53 de la Constitución Política precisa que en materia laboral ha de primar **la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, principio rescatado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de las Altas Cortes. Así se lee en la sentencia T-327 de 2017 proferida por la Corte Constitucional “(...) uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación es aquel conocido como el ‘principio de contrato realidad’ o ‘primacía de la realidad sobre las formalidades. Como fue señalado en sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, **corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material** de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a hacer prescindencia de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo definen el vínculo laboral.” -Negrilla fuera de texto-

Comprende la anterior que, si bien, alude a la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, resulta de plena aplicación en un caso como el presente en el que corresponde al juez un examen exhaustivo del material probatorio para desentrañar la forma en que realmente se dio la relación de trabajo; así lo precisó la sentencia de unificación que ha servido de guía a este pronunciamiento:

*“...Lo anterior, es apenas razonable por criterios de igualdad²⁷ y proporcionalidad, ya que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que **no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.***

*Por la circunstancia anterior, **la determinación de una jornada laboral superior a la máxima legal debe asegurar la justa y proporcional remuneración salarial del tiempo suplementario, es decir, de la labor desarrollada en exceso de la jornada legal de 44 horas semanales.***

*Una posición en contrario, resulta inequitativa y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial **para empleados que realizan otro tipo de funciones que también requieren disponibilidad y permanencia.** Destaca la Sala que, tratándose de empleados públicos es la Ley, la que fija el régimen salarial y prestacional en el sector oficial. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado.”²⁸ (Resaltado fuera de texto)*

Así, dado que el turno de disponibilidad que cubría la demandante, no sólo **hacía parte de sus funciones**, sino que, además, **se cumplía en el lugar de servicio** y sin ocasión de destinar tiempo para cumplir actividades privadas deben reconocerse las horas extras diurnas y nocturnas a que tiene derecho.

Lo anterior impone declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá, negó a la demandante el reconocimiento de horas extras, lo cual implica la revocatoria de la sentencia apelada.

5.4. Del restablecimiento del derecho:

Sea lo primero advertir que si bien, como ya se explicó, se anulará el acto administrativo proferido por el Municipio de Saboyá, en tanto la relación laboral se sostenía con la ESE, la condena de restablecimiento corresponde exclusivamente a esta última entidad.

²⁷ Artículo 53 de la C.P.

²⁸ Sentencia de unificación, Sección Segunda, 12 de febrero de 2015, con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), Actor: Omar Bedoya

5.4.1. Horas extras:

En reciente sentencia se expuso por el Consejo de Estado las implicaciones que en el salario tiene el trabajo en horas extras²⁹, se precisó de la siguiente forma:

<i>Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978</i>			
<i>Dc. 1042 de 1978</i>	<i>Jornada laboral</i>	<i>Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)</i>	<i>Excepción y límites.</i>
<i>Artículo 36</i>	<i>Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.</i>	<i>25% o descanso compensatorio.</i>	<i>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).</i>
<i>Artículo 37</i>	<i>Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)</i>	<i>75% de la asignación mensual.</i>	<i>Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.</i>

Entonces, la jornada ordinaria de trabajo del demandante, -concepto que implica el pago del salario ordinario pactado y sin recargos- es de 40 horas semanales y, en consecuencia, toda labor realizada con posterioridad a la hora 44 de cada semana, constituye trabajo suplementario o de horas extras que, por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

La señora Luz Mery Martínez laboró desde el 2 de mayo de 2013 hasta el 14 de noviembre de 2014 en un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. 1 hora de almuerzo, es decir, laboraba una jornada ordinaria diurna de **8 horas**.

Ahora bien, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 prevé que la asignación mensual corresponde a las jornadas de 44 horas semanales. Para el caso concreto, la demandante tenía una jornada laboral de lunes a viernes de 8 horas, es decir, trabajaba 40 horas semanales; en consecuencia, las 4 horas restantes semanales se deberán descontar de las horas extras laboradas

- Horas extras diurnas:

Como ya se indicó, la demandante laboraba 6 horas extras diurnas que corresponden a las horas: 4:00 a 6:00 p.m. y 6:00 a 7:00 a.m. del día siguiente.

²⁹ Tabla extraída de la sentencia proferida el 1 de febrero de 2018 por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso con radicación No. 25000-2325-000-2012-00787-01(2749-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

En consecuencia, dado que el número de horas no excede el límite establecido en el literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 (50 horas extras diurnas mensuales), se ordenará su reconocimiento, liquidación y pago.

- Horas extras nocturnas:

Además, se reconocerán las horas extras nocturnas por las horas laboradas los martes y jueves entre las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m., en el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2013 hasta el 14 de noviembre de 2014 (fecha en que fue cambiado el horario).

- Del tope de las horas extras:

Ahora bien, el artículo 36, al regular las horas extras diurnas, estableció que **en ningún caso podrían pagarse mas de 50 horas extras mensuales** y el artículo 37 que reguló las horas extras nocturnas, además de la definición y el recargo, determinó que en todos los demás aspectos se regularía por el artículo anterior (artículo 36). En conclusión, **no podrán pagarse más de 50 horas extras al mes sean diurnas o nocturnas.**

La anterior regulación fue resaltada en la sentencia de unificación citada ut supra, en la cual se consideró:

“De lo anterior se tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria³⁰, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

Bajo tal entendimiento, como en el presente caso el actor laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superen dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio, se deduce que el actor tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso.” -Resaltado fuera de texto-

³⁰ Cantidad que resulta de la diferencia entre el número de horas laboradas (360) y el número de horas de la jornada ordinaria al mes (190).

Como en el caso bajo estudio las horas extras adicionales no pueden compensarse con tiempo porque la demandante no está vinculada a la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer de Saboyá, se reconocerán en dinero sin recargo alguno.

La liquidación realizada por la Contadora adscrita a este Tribunal hace parte integral de esta sentencia.

5.4.2. De la reliquidación de los factores salariales y las prestaciones sociales:

La parte demandante, solicitó que se ordene el "reajuste y pago de la totalidad de los salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales causadas desde la fecha de vinculación, y que se vieran afectadas directamente como consecuencia de la inclusión del valor del trabajo suplementario o de horas extras laborados por mi mandante" (f. 5).

A folio 153 reposa certificación suscrita por la Tesorera de la ESE Centro de Salud San Vicente Ferrer del Municipio de Saboyá, en la cual se indicó que a la demandante se le pagaron: salarios, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones e indemnización de vacaciones.

Respecto de los factores de prima de vacaciones, prima de navidad y la indemnización de vacaciones, no es procedente su reliquidación, comoquiera que las horas extras no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en los artículos 17³¹ y 33³² del Decreto 1045 de 1978.

³¹ Artículo 17º.- De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

³² Artículo 33º.- De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 incluyó en la liquidación de las cesantías como factor salarial, los pagos que se hagan por trabajo suplementario (horas extras); además, el literal e) del artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 establece que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido entre otros, por **la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.**

5.5. De la prescripción:

Ahora bien, el reconocimiento ordenado a favor de Luz Mery Martínez García deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

A su vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, prevé:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”.

La demandante ingresó a laborar el 2 de mayo de 2013 (f. 55-57); la reclamación se presentó el 7 de noviembre de 2014 (f. 67) y la demanda se radicó el 18 de septiembre de 2015 (f. 1); comoquiera que entre la vinculación de la demandante y la reclamación no pasaron 3 años, no se encuentra configurado el fenómeno prescriptivo.

6. De las costas.

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación:13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.

Por una parte, las expensas se refieren a “todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del

³³ “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, inmediatamente 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:(...)”

*despacho judicial, etc.)*³⁴. Y, las agencias en derecho, aluden a las erogaciones económicas por concepto del **apoderamiento judicial**.

En la segunda instancia, la sentencia será revocada totalmente, en consecuencia, en virtud del numeral 4° del artículo 365 del C.G.P., sería del caso condenar a pagar las costas de ambas instancias a las entidades demandadas, sin embargo, observa la Sala que el juez a quo se abstuvo de condenar en costas (f. 461).

Ahora, en la segunda instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia y con fundamento en el mismo la sentencia será revocada totalmente. Sin embargo, no se demuestran gastos procesales.

En consecuencia, la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá, entidad vencida en el proceso, por concepto de costas, las agencias en derecho de esta instancia, las cuales serán tasadas por la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revocar la sentencia proferida el 17 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Sexto Administrativo Oral del Circuito de Tunja que negó las pretensiones en el proceso iniciado por Luz Mery Martínez García contra el Municipio de Saboyá y la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá por las razones expuestas en esta sentencia. En su lugar se dispone:

1. Declarar la nulidad del Oficio de 18 de noviembre de 2014 expedido por la Gerente de la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá que negó el reconocimiento y pago de horas extras, por lo expuesto en la parte motiva.
2. Declarar la nulidad de la Resolución No. 06 de 9 de enero de 2015 expedida por la Gerente de la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá que resolvió un recurso de reposición, por las razones expuestas en la parte motiva.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

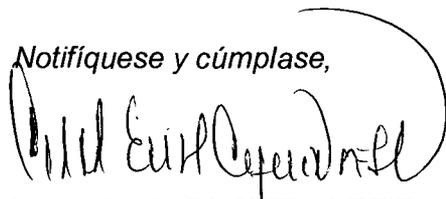
3. Declarar la nulidad de la Resolución No. 21 de 3 de febrero de 2015 expedida por el Alcalde Municipal de Saboyá que resolvió un recurso de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva.
4. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá pagará a favor de Mery Luz Martínez García identificada con cédula de ciudadanía 1.014.188.865 de Bogotá, las siguientes sumas, **ya indexadas a la fecha de esta sentencia:**
 - a. **CATORCE MILLONES CIENTO TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$14.138.879)** por concepto de horas extras laboradas por la demandante en el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2013 hasta el 14 de noviembre de 2014.
 - b. **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$12.472.842)** por concepto de horas compensatorias laboradas por la demandante en el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2013 hasta el 14 de noviembre de 2014.
 - c. **UN MILLÓN OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.884.465)** por concepto de cesantías e intereses a las cesantías causadas con ocasión del reconocimiento de las horas extras laboradas por la demandante en el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2013 hasta el 14 de noviembre de 2014.
5. La entidad demandada realizará los aportes al Sistema de Seguridad en Pensiones que se encuentre afiliada la demandante, por el valor de las horas extras reconocidas.
6. Negar las demás pretensiones de la demanda.
7. Condenar en costas por concepto de **agencias en derecho** a la ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá, liquídense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.
8. La condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luz Mery Martínez García
Demandado: ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá
Expediente: 15001-33-33-006-2015-00175-01

9. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de Decisión No. 3, de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada



JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Magistrado

Hoja de firmas

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Luz Mery Martínez García
Demandado: ESE Centro de Salud San Vicente de Ferrer de Saboyá y otro.
Expediente: 15001-33-33-006-2015-00175-01

MAGISTRADA PONENTE: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
 RADICACION: 150013333006201500175 01
 DTE: LUZ MERY MARTINEZ GARCIA
 DDO: E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN VICENTE DE FERRER DE SABOYA

Desde: 01/05/2013
 Hasta: 14/11/2014

AÑO	Nº DIAS POR AÑO	SMMLV	HORA DE SMMLV	DOCEAVAS DE EXTRAS Y RECARGOS
2013	240	1.655.000	6.896	775.781
2014	314	1.703.700	7.099	1.021.445

HORAS EXTRAS DE MARTES Y JUEVES EN HORARIO DE: 04:00 pm a 07:00 am

INDEXACION DESDE LA FECHA DE EXIGIBILIDAD HASTA LA FECHA DE SENTENCIA
 14/06/2018

CONCEPTO	No. DIAS	TOTAL HORAS	HORAS PERMITIDAS	HORAS COMPLEMENTARIAS	VALOR HORAS COMPLEMENTARIAS	VALOR EXTRAS PERMITIDAS (tasa 1,75)	INDICE INICIAL	INDICE FINAL	VALOR HORAS COMPLEMENTARIAS INDEXADAS	VALOR HORAS PERMITIDAS INDEXADAS	
											TOTAL
MAYO											
4PM - 6 PM	2 HED	10	20								
6PM - 6AM	12 HEN	10	120								
6AM - 7AM	1 HED	10	10								
TOTAL		150	50	100	689.583	603.385	113,16	142,06	865.696	757.484	
JUNIO											
4PM - 6 PM	2 HED	8	16								
6PM - 6AM	12 HEN	8	96								
6AM - 7AM	1 HED	8	8								
TOTAL		120	50	70	482.708	603.385	113,48	142,06	604.279	755.348	
JULIO											
4PM - 6 PM	2 HED	9	18								
6PM - 6AM	12 HEN	9	108								
6AM - 7AM	1 HED	9	9								
TOTAL		135	50	85	586.146	603.385	113,75	142,06	732.025	753.555	