



Juzgado Décimo Administrativo Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiséis (26) de marzo del dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MICHAEL ANDERSON AVILA MARTINEZ
Demandado: HOSPITAL SERAFIN MONTAÑA CUELLAR
Radicado: 73001-33-33-010-2018-00333-00
Tema: Contrato realidad - reconocimiento de prestaciones sociales
Sentencia: 00011

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **MICHAEL ANDERSON AVILA MARTINEZ** en contra del **HOSPITAL SERAFIN MONTAÑA CUELLAR de SAN LUIS TOLIMA**.

2. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del oficio **GCIA No 23 del 6 de febrero del 2018** por medio del cual el **hospital Serafín Montaña Cuellar de San Luis**, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales solicitadas por el señor **Michael Anderson Ávila Martínez**, en razón a que al accionante se le cancelaron todas las acreencias laborales a las que tenía derecho como médico del servicio social obligatorio.

1.2 Que se declare que entre el accionante y el hospital Serafín Montaña Cuellar existió una vinculación de carácter laboral por el tiempo comprendido entre el 7 de enero del 2014 y el 12 de enero del 2015.

1.3 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a pagar todas las prestaciones salariales y prestacionales dejados de percibir por el señor **Ávila Martínez**, tales como: prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad prima de vacaciones recreación, cesantías y demás.

1.4 Se ordene el reconocimiento de 524 horas de disponibilidad superiores a la jornada laboral ordinaria.

1.5 Se ordene el reconocimiento de jornadas nocturnas, mixtas, dominicales y festivos con sus recargos respectivos.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que el señor **Ávila Martínez** y el **representante legal** de la entidad hospitalaria suscribieron orden de prestación de servicios el 7 de enero del 2014 por el término de 1

mes con el objeto de la realización de turnos de consulta externa y dos (2) turnos en urgencias los días 2 y 3 de enero del 2014.

2.2 Que mediante Resolución No 002 del 13 de enero del 2014 el accionante fue nombrado en el cargo de médico del servicio social obligatorio en el hospital Serafín Montaña Cuellar, tomando posesión del cargo el mismo día, con una asignación mensual de \$2.513.217 pesos.

2.3 Que laboró en el servicio de urgencias del hospital en turnos de 24 horas y con disponibilidad por tiempo igual dentro del municipio de San Luis, labores que desempeñó por el término de 1 año hasta el 12 de enero del 2015.

2.4 Que el 27 de abril del 2015 radicó derecho de petición ante la accionada con el objeto de obtener una liquidación justa, siendo citado a reunión para el 22 de junio del 2015.

2.5 Que se llegó a un acuerdo consistente en la liquidación de 524 horas extras por valor de \$7.276.995, el pago de \$1.760.000 pesos por concepto de remisiones, además el pago del 25% como recargo por hora adicional y el pago del 35% de recargo sobre jornadas mixtas y nocturnas acorde a lo establecido en los artículos 36 al 38 del decreto 1042 de 1978.

2.6 Que ante el incumplimiento del compromiso el 9 de enero del 2018 el accionante radicó solicitud ante la accionada

2.7 Que mediante oficio GCIA No 23 del 6 de febrero del 2018 la accionada dio respuesta negativa a la solicitud, siendo un acto administrativo carente de motivación válida.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Hospital Serafín Montaña Cuellar

Dentro del término legal y por intermedio de apoderado judicial la entidad hospitalaria accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones de carácter legal establecidas en el artículo 12 decreto 708 del 2009¹ que expresa que las horas extras y dominicales de que trata el decreto 1042 de 1978 solo son aplicables a los empleados públicos que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 y al nivel asistencial hasta el grado 19, de las escalas establecidas en el mencionado decreto.

Que los cuadros de turnos aportados por la parte accionante son borradores sin la firma de la gerente del hospital para esa época y por lo tanto carecen de validez.

Que el hecho quinto no es cierto porque es un documento confuso y es un acuerdo ilegal pues las conciliaciones laborales deben realizarse ante autoridad competente, y también por ser violatorio del decreto 708 del 2009.

¹ Decreto 708 del 6 de marzo del 2009 "por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones"

(...)

artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Que los médicos del servicio social obligatorio están categorizados en la planta de personal del hospital en el nivel profesional por lo que no tienen derecho a reclamar horas extras, dominicales y festivos en aplicación del multicitado decreto.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Parte demandante.

El apoderado judicial en el escrito de alegaciones finales expone que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y reconocer el vínculo legal y reglamentario del accionante en virtud del principio de la realidad sobre las formas.

Que la **ley 50 de 1981** estableció el servicio social obligatorio señalando que las tasas de remuneración y el régimen prestacional serán los propios de la institución a la cual se vinculen y que el **decreto 2396 de 1981** proferido por el Ministerio de Salud prevé que no podrán ser inferiores a las de los cargos de planta y los profesionales gozaran de las mismas garantías del personal de planta en cuanto a honorarios, compensatorios etc.

Además, cita la sentencia (sic) No 1254 del 9 de marzo del 2000 de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Flavio Augusto Rodríguez Arce respecto del personal médico perteneciente al nivel profesional, que no tiene derecho al reconocimiento de horas extras, ni al pago de dominicales y festivos laborados de manera ocasional, pero si al pago de los mismos laborados de manera habitual y permanente y desarrolló el concepto de disponibilidad.

4.2. Parte demandada.

La entidad hospitalaria no presentó alegatos de conclusión según se evidencia en la constancia secretarial visible a folio 105 del expediente.

4.3. Ministerio público.

El agente del Ministerio público no rindió concepto en el presente litigio según constancia secretarial visible a folio 105 del expediente.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.2. TESIS DE LAS PARTES

5.2.1 Tesis de la parte accionante

Se debe acceder a las pretensiones de incoadas en la demanda porque el accionante desempeñó la labor de médico en el servicio de urgencias en turnos de 24 horas en forma responsable y correcta además con disponibilidad de 24 horas dentro del casco urbano del Municipio de San Luis y desplazamientos al corregimiento de Payande a realizar labores de consulta externa en coordinación con el médico regente y un día a la semana en labores de promoción y prevención.

5.2.2 Tesis parte accionada

Se deben negar las pretensiones de la demanda por las razones de carácter legal establecidas en el artículo 12 decreto 708 del 2009 que expresa que las horas extras y

dominicales de que trata el decreto 1042 de 1978 sólo son aplicables a los empleados públicos que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 y al nivel asistencial hasta el grado 19, de las escalas salariales establecidas en el mencionado decreto y porque los cuadros de turnos aportados por la parte accionante son borradores sin la firma de la gerente del hospital para esa época y por lo tanto carecen de validez.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la existencia de una relación laboral entre el señor **Michael Anderson Ávila Martínez** y el hospital Serafín Montaña Cuellar de San Luis, por el periodo comprendido entre el 7 de enero del 2014 hasta el 12 de enero del 2015, y como consecuencia ordenar a la entidad accionada el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se hayan causado durante dicho término o declarar que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6.1 Tesis del despacho

Deberá negarse las pretensiones de la demanda, como quiera que durante el periodo en que el accionante prestó sus servicios como médico a la entidad hospitalaria, lo hizo mediante vinculación legal y reglamentaria en una de las plazas asignadas en el programa del servicio social obligatorio, se le canceló el sueldo mensual correspondiente al cargo, se realizaron los aportes a seguridad social integral y se le pagó la liquidación correspondiente al año de servicio prestado.

7. Marco legal

7.1 Contrato de prestación de servicios

En primer lugar, ha de señalarse que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se haya celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

Así las cosas, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, haciéndose valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla².

En tal orden, definió el Tribunal Constitucional como características del mismo, **i)** que el **objeto contractual** hace relación a la ejecución temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, en cabeza de una persona con experiencia y formación profesional en una materia determinada, **ii)** así mismo, que goza el contratista de **autonomía e independencia** desde el punto de vista técnico y científico, disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual dentro del plazo y bajo las condiciones acordadas, **iii)** y que, su vigencia es **temporal**, pues se da solo por el plazo indispensable para ejecutar el objeto contractual.

² Sentencia de 22 de noviembre de 2012. sección segunda. subsección b. expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Ref. 2254-2011. actor: José Luis Buriticá Bohórquez. demandado: E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación.

8. Servicio social obligatorio – generalidades.

El servicio Social obligatorio es un programa implementado en el sector salud mediante el cual los profesionales egresados de los programas de medicina, odontología, enfermería y bacteriología contribuyen a la solución de problemas de salud de poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso, consistente en que una vez obtenido el título profesional se vinculan organismos o Instituciones prestadoras de servicios de salud de carácter público o privadas sin ánimo de lucro para desempeñar labores afines a su cargo, durante el término de un (1) año desempeñando funciones específicas relativas a la carrera profesional estudiada.

Con la expedición del decreto ley 80 de 1980 el gobierno organizó la educación post-secundaria” en las siguientes modalidades educativas:

“**ARTÍCULO 25.** La educación superior comprende las siguientes modalidades

- a. Formación intermedia profesional;
- b. Formación tecnológica
- c. Formación universitaria;
- d. Formación avanzada o de postgrado;”

En consonancia con las modalidades de educación superior establecidos por el decreto 80 de 1980 el Congreso de la república expidió Ley 50 del 27 de mayo de 1981 “Por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio Nacional³, la cual fue mediante **Decreto 2396 de 1981** Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud

Con posterioridad el Ministerio de Salud expidió la Resolución 795 del 22 de marzo de 1995⁴ estableciendo:

“ARTICULO 1o. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio. 1. Las entidades solicitantes para la aprobación de plazas deben presentar un programa o proyecto acorde con los parámetros establecidos por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde se precisen, área geográfica a cubrir, población a atender, estrato socioeconómico y principales problemas de salud a atender. 2. Las plazas se orientarán preferencialmente a la ampliación de cobertura en atención en salud a las poblaciones de estratos socioeconómicos 1 y 2. 3. Para efectos de la prestación del Servicio Social Obligatorio se tendrán en cuenta las necesidades requeridas en sus respectivas jurisdicciones.”

El Congreso de la República expidió la ley 1194 del 3 de octubre del 2007 “*por la cual se dictan disposiciones en materia del Talento Humano en Salud*”, sustituyendo el servicio social creado con la ley 50 de 1981, creando el registro único de talento humano y

³ “ARTÍCULO 1o. Créase el Servicio Social Obligatorio, el cual deberá ser prestado dentro del territorio nacional por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 * del Decreto - Ley 80 de 1980. El término para la prestación del Servicio Social Obligatorio, será hasta de un año.

PARAGRAFO. El cumplimiento del Servicio Social Obligatorio se hará extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales

ARTICULO 2o. El Servicio Social Obligatorio se prestará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refundación de dicho título, para vincularse a cualquier organismo del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional.

PARAGRAFO 1o. Toda persona, al recibir el título, deberá dirigirse a la autoridad delegada por el Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio creado por la presente Ley, con el objeto de inscribirse para el cumplimiento de dicho servicio.

(...)

ARTICULO 6o. Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.”

⁴ Resolución 795 del 22 de marzo de 1995 del Ministerio de salud

señalando que la falta de inscripción en el mismo, haría ilegal el ejercicio de la profesión y ocupaciones en el área de la salud.

“Artículo 22. Del ejercicio ilegal de las profesiones y ocupaciones del área de la salud. *Ninguna persona podrá realizar actividades de atención en salud o ejercer competencias para las cuales no está autorizada sin los requisitos establecidos en la presente ley.*

Artículo 23. *Del Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (Rethus). El personal de salud que cumpla con los requisitos establecidos para ejercer como lo señala la presente ley, deberá inscribirse en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (Rethus), conforme con la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social en un plazo no mayor a seis (6) meses contados a partir de la expedición de este decreto ley.*

La inscripción en el Registro Único Nacional del Talento Humano en Salud (Rethus) incluirá entre otros, los datos personales, académicos, la fecha de inicio del ejercicio, la información acerca del cumplimiento del servicio social obligatorio, cuando haya lugar a ello, la entidad que realiza la inscripción del personal y el reporte de información de títulos de especialización, magister o doctorado del área de conocimiento de ciencias de la salud. Además, allí deberá registrarse la información sobre las sanciones al personal de salud que reporten los tribunales de ética, según el caso, las autoridades competentes o los particulares a quienes se les deleguen funciones públicas. En los términos aquí previstos, entiéndase desmaterializada la tarjeta profesional para las profesiones del área de la salud.

(...)

Artículo 33. *Del Servicio Social. Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud. El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.*

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.

Parágrafo 1 º. *El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.*

Parágrafo 2º. *El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.*

Parágrafo 3º. *La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.*

Parágrafo 4º. *El personal de salud que preste el Servicio Social en lugares de difícil acceso, tendrá prioridad en los cupos educativos de programas de especialización brindados por las universidades públicas, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos académicos exigidos, igualmente gozarán de descuentos en las matrículas de conformidad con los porcentajes establecidos por las entidades educativas. El Gobierno Nacional reglamentará los incentivos para las entidades públicas o privadas de los lugares de difícil acceso que creen cupos para la prestación del servicio social.*

Parágrafo 5º. *El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud.”*

El Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución 1058 del 23 de marzo del 2010 “Por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones”, estableciendo:

“ARTICULO 5.- CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO. Los profesionales cumplirán el Servicio Social Obligatorio, en plazas aprobadas por la autoridad competente, a través de una de las siguientes opciones:

a) Inmediatamente después de obtener el título de pregrado.

b) En el transcurso de los programas de especialización en Pediatría, Ginecología y Obstetricia, Medicina Interna, Cirugía General, Anestesiología y Medicina Familiar, para lo cual el profesional debe realizar por lo menos un año de rotaciones en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud ubicadas en zonas o regiones con dificultades de acceso a los servicios de salud especializados. Estas rotaciones se deben realizar en el marco de un convenio docencia servicio, suscrito de conformidad con las normas que regulan la materia.

c) Después de finalizado uno de los programas de especialización mencionados en el literal b) de presente artículo, para lo cual el profesional deberá cumplir seis meses de servicio en su respectiva especialidad, en una de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud ubicadas en zonas o regiones con dificultades de acceso a los servicios de salud especializados.

(...)

Artículo 13.- Selección de profesionales. La selección de los profesionales para proveer las plazas del Servicio Social Obligatorio, se orientará por los principios de transparencia e igualdad de condiciones para todos los aspirantes. A partir del 30 de julio de 2010 las plazas se asignarán mediante sorteo, previa convocatoria pública de carácter distrital, departamental, regional o nacional, organizada por la entidad territorial respectiva, según los criterios que defina la Dirección General de Análisis y Política de Recursos Humanos con base en recomendación del Comité de Servicio Social Obligatorio. El proceso básico para la selección de los profesionales que ocuparán las plazas de Servicio Social Obligatorio, es el siguiente: Convocatoria pública. Reporte de plazas a sortear. Publicación de plazas a sortear. Inscripción de profesionales para el sorteo.”

7.2.1. Régimen salarial y prestacional servicio social obligatorio

Inicialmente la ley 50 del 27 de mayo de 1981 en su artículo 6 establecía

“ARTICULO 6o. Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio.”

El Decreto 2396 de 1981 por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud” dispuso:

“Artículo 6. Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan a las entidades a las cuales se vinculen.”

La Resolución No. 795 de 1995 expedida por el Ministerio de Salud señaló

“Artículo 1º. Establecer los siguientes criterios para que las Direcciones Seccionales, Distritales y locales de Salud, certificadas, aprueben y renueven las plazas para el ejercicio del Servicio Social Obligatorio. (...)

7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso la remuneración será inferior a los cargos en planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

(...)

Artículo 10. Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de la planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.

(...)

Artículo 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.”

De conformidad con la resolución anterior, quienes prestan el servicio social obligatorio están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de personal que rijan en la entidad donde prestan el servicio.

El gobierno nacional estableció la estructura de cargos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud Territorial mediante la expedición del decreto 1921 de 1994⁵ y en el artículo 3 se señala el cargo de médico del servicio social obligatorio

“Artículo 1º. Campo de aplicación. La estructura de cargos establecida en el presente Decreto, se aplicará a los diferentes organismos y entidades descentralizadas del orden territorial del subsector oficial del sector salud.

Artículo 2º. Definición. Para efectos del presente Decreto, se entiende por estructura de cargos el conjunto de elementos que identifican los empleos según los siguientes factores:

- a) Niveles de cargos,*
- b) Denominación del cargo,*
- c) Código,*
- d) Grados.*

Artículo 3º. De los niveles y denominaciones de cargos. Establézcanse para los diferentes empleos contemplados en las plantas de cargos de los diferentes organismos y entidades del subsector oficial del sector salud de las entidades territoriales, los siguientes niveles y denominaciones de cargos:

(...)

d) Profesional. El nivel profesional agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley, y comprende los siguientes cargos:

(...)

CODIGO 3220 Médico servicio social obligatorio”

Con la expedición del **decreto 199 de 2014**⁶ vigente para la época de los hechos, el gobierno estableció las escalas de asignación básica para los empleados que desempeñen funciones en las Empresas Sociales del Estado y señaló expresamente:

“Artículo 14. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, **el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.**

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) secretarios a los que se refiere el inciso anterior.

Parágrafo 1º. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

⁵ artículo 3 decreto 1921 de 1994

⁶ **Decreto 199 de 2014** “por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones.

Parágrafo 2º. El límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, será de cien (100) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.” (negrillas fuera de texto)

El decreto 1042 del 7 de junio de 1978 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones” estableció

“ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. 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.

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

ARTICULO 36. DE LAS HORAS EXTRAS DIURNAS. <Artículo modificado por los Decretos anuales salariales> Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

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

a) <Literal modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al **Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.”** (negrillas fuera de texto)

8. Marco jurisprudencial

La prestación del servicio social obligatorio ha sido objeto de análisis por parte de la honorable Corte Constitucional que en la sentencia T-109 de 2012⁷ en un aparte señaló:

“La Medicina busca proteger el derecho a la vida, derecho fundamental que es condición necesaria para el ejercicio y disfrute de otros derechos, ya que sin vida no hay libertad personal, libertad de pensamiento, de cultos, de reunión o asociación, etc. Esto hace que la vida y su protección no puedan dejarse en manos de cualesquiera personas (...) los conocimientos que se adquieren en la prosecución de la carrera de medicina, y que se requieren para practicarla, son altamente especializados y específicos, teniendo en cuenta la complejidad de su objeto - la salud de las personas, tanto física, como mental -, y los bienes jurídicos que están de por medio, protegidos por la Carta Fundamental”

En otro de los apartes señaló:

El SSO es un servicio de carácter social por medio del cual el Estado pretende mejorar el acceso a los servicios de salud a poblaciones vulnerables, ubicadas en regiones vulnerables¹⁴, “estimular una adecuada distribución geográfica del talento humano en salud. || [y] propiciar espacios para el desarrollo personal y profesional del talento humano que inicia su vida laboral en el sector salud”¹⁵; (ii) dadas sus finalidades, el SSO es ejercido por profesionales, lo que garantiza la calidad en la prestación de los servicios, y de donde se desprende (iii) la decisión del Legislador de garantizar a los egresados una remuneración adecuada, y prestaciones sociales, situación que ha llevado a la Corte a considerar que durante el SSO pueden presentarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo¹⁶.

1.5. El SSO puede cumplirse mediante la participación del egresado en alguna de las siguientes modalidades: (i) planes de salud pública o programas de salud y prevención de enfermedad; (ii) programas dirigidos a poblaciones vulnerables, como población reclusa, desplazados, indígenas, menores en abandono, centros de población a adultos mayores; (iii) programas de investigación en salud en

⁷ sentencia T-109 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

instituciones avaladas por Colciencias; (iv) prestación de servicios profesionales o especializados de salud en IPS que presten servicios de salud a poblaciones deprimidas rurales o urbanas.

Concluyó que:

“El servicio social es un requisito para el ejercicio de la medicina. Sus características lo hacen diferente de otras condiciones para el ejercicio de diversas profesiones, así como de aquellos exigidos para la obtención del título de idoneidad en medicina.

De forma sucinta, (i) el servicio es prestado por egresados, es decir, por personas que han obtenido el título profesional superando todos los requisitos académicos para el efecto. Por lo tanto, son profesionales idóneos y no estudiantes en práctica;

(ii) el carácter social del servicio se manifiesta en la pretensión legislativa de mejorar el acceso a los servicios de salud en poblaciones marginales y/o frente a grupos humanos vulnerables. En ese sentido, constituye una carga impuesta a los profesionales del área de la salud, derivada del principio de solidaridad y justificada a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se cifran en la obtención de beneficios para el sistema de salud, llevando servicios sanitarios a sectores que enfrentan dificultades de acceso al mismo, y (re)configurando la distribución geográfica de los profesionales en el área de la salud.

(iii) Además, los egresados que prestan el servicio reciben una remuneración económica, así como el reconocimiento de prestaciones sociales, por lo que la Corte ha considerado que en el desarrollo del SSO pueden presentarse los elementos del contrato de trabajo (ver, supra, considerando 1.4).

*Por ello, (iv) si bien es evidente que el SSO tiene incidencia en la formación del médico, es importante reconocer que no se trata propiamente de un requisito académico, dado que las personas que lo prestan ya han superado las pruebas de idoneidad, llevan servicios de calidad a poblaciones que los requieren, y obtienen sus primeros recursos y experiencia derivados del ejercicio profesional. Esas características impiden concebirlo de forma exclusiva como una obligación de los profesionales en el área de la salud. Si bien una dimensión constituye, en efecto, una carga derivada del principio de solidaridad social, el SSO posee otra dimensión, estrechamente vinculada a la satisfacción del derecho al trabajo, que lo convierte en un bien de importancia jurídica para esos egresados, pues su desempeño redundará en beneficio de sus condiciones de ingreso a la vida laboral.” **Negrilla fuera de texto***

9 ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a analizar el caso concreto del señor **Michael Anderson Ávila Martínez**

9.1. Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
Que el señor Michael Anderson Ávila Martínez y el hospital Serafín Montaña Cuellar suscribieron orden de prestación de servicio No 042 el 7 de enero del 2014 con el objeto de prestación del servicio médico	Documental. Copia orden de prestación de servicio No 042 el 7 de enero del 2014 (fl 29 – 30)
Que el accionante fue nombrado para desempeñar el cargo de médico en servicio social obligatorio por el término de 1 año	Documental. Copia Resolución No 002 del 13 de enero del 2014 (fl 32)
Que el accionante tomo posesión del cargo	Documental. Copia acta de posesión No 18 del 13 de enero del 2014 (fl 33)
Que el accionante radicó derecho de petición ante la accionada solicitando el reconocimiento de un contrato realidad y el pago de las prestaciones sociales	Documental. Copia petición del 9 de enero del 2018 (fl 21 – 27 cuaderno principal) y (fl 31- 37 cuaderno pruebas de oficio)
Que la accionada negó lo solicitado	Documental. Copia oficio GCIA No 23 del 2 de febrero del 2018 (fl 20)
Reglamento pago gastos de viaje médicos servicio social obligatorio	Documental. Copia Resolución No 0022 del 1 de abril del 2014 (fl 57 – 58 cuaderno pruebas de oficio)
Pago prestaciones sociales del periodo 13 de enero de 2014 al 12 de enero de 2015	Documental: Copia Comprobante de egreso G-001-0000000654 del 9 de marzo de 2015 (fl 4 cuaderno pruebas de oficio)

Que al actor se le canceló el sueldo durante los meses que presto el servicio social obligatorio al Hospital.	Copia de desprendibles de nómina del pago realizados por el hospital al accionante correspondientes al sueldo de los meses de enero a diciembre del 2014 (Fl. 7 a 18 cuaderno pruebas de oficio)
Que el hospital pago los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales correspondientes por la prestación del servicio por parte del accionante.	Copia de comprobantes de pago realizados por el hospital correspondiente a los aportes a salud, pensión, riesgos profesionales, caja de compensación familiar, instituto colombiano bienestar familiar y al SENA de los meses de enero a diciembre del 2014. (Fl. 19-30 cuaderno pruebas de oficio)
Al accionante se le cancelaron salarios, prestaciones desde el 13 de enero de 2014 hasta el 12 de enero del 2015	Documental. constancia de pagos de sueldo y de turnos de remisión (fl 54- 56 cuaderno pruebas de oficio.

10. Elementos de la relación laboral

Son elementos de la relación de trabajo, la **subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración** por el trabajo realizado; no obstante, lo anterior, el reconocimiento de una relación laboral en estas condiciones no implica conferir la condición de empleado público, según lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de enero de 2001⁸, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Respecto de los elementos constitutivos de la relación laboral el honorable Consejo de Estado ha señalado que deberán demostrarse los elementos esenciales de aquella, indicando:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.*¹⁰

Además, para que se pueda desvirtuar que se presentó un contrato de prestación de servicios debe demostrarse que el cargo desempeñado era de aquellos que se encontraban enlistados o creados en la planta de personal de la entidad accionada, para así poder afirmar y concluir que no se está dando aplicación real al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En cuanto al reconocimiento de lo adeudado en casos de contrato realidad, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 señaló:

⁸ Consejo de Estado Sent. de 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sent. 29 de septiembre de 2005, Rad. 68001-23-15-000-1998-01445-01, Ref. No. 02990-05, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁰ Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda, de 16 de febrero de 2012, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1187-11

“Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...) Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”¹¹

10.1 Subordinación.

De las pruebas allegadas al plenario, se observan copia del acta de inicio de fecha 7 de enero del 2014 firmada por el supervisor de la entidad hospitalaria señor Francisco Ferney Carvajal Lozano correspondiente a la orden de prestación de servicios No 042 y los cuadros de turnos para los profesionales médicos correspondientes a los meses de enero a octubre del 2014.

Por lo que, se hace evidente que las labores desarrolladas por el accionante comprendieron el máximo permitido por la ley para los profesionales médicos del servicio social obligatorio.

Además, el señor Francisco Ferney Carvajal Lozano en su declaración bajo la gravedad del juramento en la audiencia de pruebas realizada el 13 de septiembre 2019¹² sobre la labor realizado por el hoy demandante a las preguntas del señor Juez, señaló:

“(...) conozco al señor Michael Anderson porque hizo el año rural en el hospital en donde yo trabajaba. (...) Salí del hospital en noviembre y el continuo hasta cumplir el año. (...) Yo era el profesional universitario teníamos una relación y hablábamos todos los días porque era el médico y Yo supervisaba los contratos. (...) Yo salí en noviembre del 2014 y El prestó el servicio 1 año que es el servicio del médico rural, pero cuando yo salí El quedó como médico. (...) entro como médico rural con todo lo de ley como los de planta, se le paga seguridad social, cesantías y vacaciones, se les liquida todo eso como un empleado durante los 12 meses. También hay un contrato de \$550.000 que es de unos turnos, porque no todos los médicos rurales terminan al mismo tiempo, y algunos terminan en diciembre y el gerente contrata turnos para cubrir la faltante por turnos y Yo hacia la certificación de que cumplió. (...). cuando entran a hacer el servicio rural son médicos de planta cuando terminan al año pueden ser contratados como médico general. (...) los cuadros de turnos los realizaba la ordenadora del gasto y algunas veces yo lo hacía. (...) Se deja un médico en urgencias y otro debe estar en la casa no puede salir del municipio. (...) al disponible se llama si se necesita porque la mayoría de las veces el medico de turno hace a labor y no se necesita otro más, pero si se le necesita tiene que venir o sea debe estar pendiente y estando en residencia en donde vivían, pero no pueden salir del perímetro. (...).

A las preguntas del apoderado de la parte demandada respondió

La orden de prestación de servicios de enero fue por unos turnos en razón a que se necesitaba porque los médicos habían terminado en diciembre y los médicos cobran por horas, hora trabajada hora pagada (...)

De la declaración anterior se extrae que la labor ejecutada por el demandante era necesaria como quiera que las funciones desempeñadas no son de aquellas que puedan

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹² Fl 95 y 96 cuaderno principal

denominarse momentáneas o esporádicas, demostrándose de forma indiscutible que la contratación del actor o de cualquier otra persona bajo dicho objeto contractual tenía el carácter de permanente para el logro de los fines esenciales de la prestación del servicio de salud.

10.2 Remuneración

Conforme a la documental correspondiente el accionante percibió desde el 13 de enero del 2014 la suma de \$2.588.670 pesos mensuales y el pago de los aportes a seguridad social, caja de compensación, ICBF y SENA hasta el mes de diciembre del 2014, de tal modo que el elemento remunerativo de la relación laboral, también se encuentra acreditado en el expediente.

10.3 Prestación personal del servicio

Finalmente, de la documental allegada respecto de los turnos realizados por el personal médico, se colige que el accionante prestó en forma personal sus servicios como médico en el hospital Serafín Montaña Cuellar en la unidad de urgencias, en consulta externa, promoción y prevención, acreditándose así el tercer elemento de la relación laboral.

11. Consideraciones

Acorde con el caudal probatorio allegado el despacho analizara las pretensiones incoadas por la parte accionante.

11.1 Contrato Realidad

Respecto de la pretensión de que se declare la existencia de un contrato realidad, se hace necesario tener en cuenta que de las pruebas documentales aportadas se extrae que el accionante inicialmente tuvo un contrato de prestación de servicios para prestar el servicio médico en unos turnos requeridos por la institución hospitalaria durante los días 2 y 3 de enero de 2014, no obstante, el actor no demostró a través de ningún medio probatorio que hubiese prestado dicho servicio.

Posteriormente, la representante legal del hospital accionado mediante Resolución No 002 del 13 de enero del 2014 efectuó el nombramiento a favor del señor Ávila Martínez para ocupar una de las plazas para el programa de servicio social obligatorio asignadas a la entidad hospitalaria y que el hoy accionante tomó posesión del cargo, según acta de posesión¹³ suscrita al efecto, se vincula al hospital Serafín Montaña mediante una relación legal y reglamentaria la cual se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción del acta de posesión, constituyéndose a partir de ese momento una relación laboral, generadora de derechos salariales y prestacionales específicos establecidos en la ley.

El Departamento Administrativo de la Función Pública en el concepto 6611 del 2015¹⁴, señala;

“De conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1058 de 2010, reglamentaria del artículo 33 de la Ley 1164 de 2007, los cargos o puestos de trabajo, en los cuales son vinculados los profesionales del área de la salud, para efectos de cumplir con su servicio social obligatorio, son considerados Plazas de Servicio Social Obligatorio, establecidos por instituciones públicas o privadas, previamente aprobadas por la autoridad

¹³ Fl. 33

¹⁴ Concepto 6611 del 2015

competente, que permiten la vinculación a través de nombramiento o contrato de trabajo, con carácter temporal, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando a dichos profesionales, su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.

1.- Respecto a su consulta sobre las formas de vinculación de los profesionales de la salud que cumplan con el servicio social obligatorio, me permito manifestarle que dichos profesionales son vinculados en las Plazas de Servicio Social Obligatorio, creadas por las instituciones públicas o privadas, para efectos de que los profesionales de la salud cumplan con el servicio social obligatorio, y son cargos o puestos de trabajo, cuya naturaleza jurídica no puede ser clasificada ni como de libre nombramiento y remoción, ni de carrera, son Plazas de Servicio Social obligatorio, en los cuales se vinculan dichos profesionales, ya sea mediante nombramiento, contrato de trabajo, o a través de contrato de prestación de servicios, pero en todo caso la vinculación es temporal, mínimo por seis (6) meses y máximo por un (1) año. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales”.

Por lo tanto y acorde con lo que señala la ley, quienes presten el servicio social obligatorio se sujetaran a las disposiciones que en materia de personal tengan las instituciones a las que se vinculen y su remuneración no podrá ser inferior a la de los de planta, en el caso presente al accionante respecto de la prestación de dicho servicio se le canceló el sueldo mensual existente para el personal médico y se le cancelaron las prestaciones de ley, en sujeción con su vinculación legal y reglamentaria del 13 de enero de 2014 hasta el 12 de enero de 2015 y en consecuencia no hay lugar a declarar la existencia de contrato realidad alguno desde el 7 de enero de 2014, como lo pretende el accionante.

11.2 Horas extras

Solicitó el accionante se ordene el reconocimiento de 524 horas extras exponiendo que en reunión con la gerente del hospital se acordó su pago y al efecto se levantó un acta de compromiso de pago.

Revisadas las documentales allegadas por las partes, se evidencia la inexistencia de la mencionada acta, aunque fuese en copia simple, por lo tanto, el despacho no se pronunciara sobre la citada acta.

Sin embargo y teniendo en cuenta que el tema versa sobre reconocimiento de los derechos laborales los cuales son de rango constitucional y el respeto del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el despacho analizará a la luz de la normatividad aplicable, si el señor Ávila Martínez tiene derecho a su reconocimiento por el tiempo laborado en calidad de médico del programa de servicio social obligatorio.

En el mencionado concepto el Departamento Administrativo de la Función Pública, indicó:

“2.- En cuanto a sus consultas sobre remuneración y derechos prestacionales, me permito manifestarle que la vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y con derecho a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales.

(..)

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º de la Resolución No. 1058 de 2010, expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, para la aprobación de plazas o puestos de trabajo por parte de las Direcciones Departamentales de Salud, las instituciones interesadas en tener plazas de Servicio Social Obligatorio, deben remitir a la dirección territorial de salud correspondiente la solicitud de aprobación, donde se especifique: municipio, población a atender, profesión y/o especialidad, modalidad, cargo, funciones u obligaciones, tipo de vinculación, tiempo de servicios y remuneración.

Por consiguiente, se entiende que la jornada laboral y la posibilidad de reconocer y pagar dominicales, festivos, recargos nocturnos y horas extras, al igual que la disponibilidad y el tiempo para atender las consultas prioritarias por parte de dichos profesionales, deberá estar previsto para la Plaza de Servicio Social Obligatorio o puesto de trabajo en el acto administrativo de creación de los mismos por las instituciones públicas o privadas, debidamente aprobados por las Direcciones Departamentales de Salud.

De no estar prevista la jornada laboral y la posibilidad de reconocer y pagar dominicales, festivos, recargos nocturnos, horas extras y disponibilidad en el acto de creación de las plazas de Servicio Social Obligatorio o puesto de trabajo, se entiende que se aplicará lo previsto sobre dichos temas en el Decreto 1042 de 1978.

En este orden de ideas, es pertinente precisar que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, establece que la jornada máxima laboral es de 44 horas semanales; de tal suerte que esta sería la misma que se debe cumplir en el caso de la vinculación de los egresados al Servicio Social Obligatorio, y que deben cumplir los demás empleados de la institución.

Es necesario señalar que es posible que en atención a la naturaleza del servicio de salud, en cuanto requiere continuidad en su prestación, exista la necesidad de adecuar la jornada laboral. No obstante, si el funcionario que presta su servicio Social Obligatorio, es un médico (nivel profesional), que no se encuentra dentro de los niveles asistencial o técnico, no tiene derecho a que se le reconozca el pago de dominicales y festivos ocasionales, como tampoco horas extras.

El decreto ley 1042 de 1.978 y las normas que lo modifican en relación con la jornada laboral de los empleados públicos conceden el derecho al reconocimiento de horas extras y de dominicales y festivos sólo a empleados que se desempeñen en cargos pertenecientes a los niveles técnico y asistencial, en los grados 9 y 19, respectivamente.

De tal manera que en criterio de esta Dirección Jurídica, el pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujeta a ciertos requisitos, entre otros, que el empleo debe pertenecer al nivel asistencial hasta el grado 19.1 y técnico hasta el grado 09; en consecuencia, se considera que no puede reconocerse horas extras a los profesionales que prestan el servicio social obligatorio, en razón a que no se encuentran dentro de las previsiones consagradas en la ley para tener este derecho."(negrillas fuera de texto)

En las documentales aportados al expediente se vislumbra que el accionante era un médico egresado de la Universidad del Tolima y que fue nombrado por la gerencia del hospital para desempeñar la plaza vigente de médico del servicio social obligatorio que corresponde al nivel profesional en la escala de cargos de la administración y **en consecuencia no se le reconocerá las horas extras solicitadas.**

11.3 Jornadas mixtas y dominicales

En el libelo de la demanda el accionante pretende se ordene a la accionada reconocer el pago por concepto de trabajo nocturno y dominical laborado como médico en el Hospital Serafín Montaña Cuellar y para resolver la petición es necesario acudir al citado concepto 6611 de 2015¹⁵ que respecto del tema señala que para los profesionales que desempeñen plazas correspondientes al servicio social obligatorio el reconocimiento y pago de recargos nocturnos y dominicales y festivos los mismos deben haberse previsto y aprobadas por las direcciones departamentales de salud, en caso contrario se aplicara lo estipulado en el decreto 1042 de 1978:

"De no estar prevista la jornada laboral y la posibilidad de reconocer y pagar dominicales, festivos, recargos nocturnos, horas extras y disponibilidad en el acto de creación de las plazas de Servicio Social Obligatorio o puesto de trabajo, se entiende que se aplicará lo previsto sobre dichos temas en el Decreto 1042 de 1978.

En este orden de ideas, es pertinente precisar que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, establece que la jornada máxima laboral es de 44 horas semanales; de tal suerte que esta sería la misma que se debe

¹⁵ Departamento Administrativo de la Función Pública concepto 6611 de 2015

cumplir en el caso de la vinculación de los egresados al Servicio Social Obligatorio, y que deben cumplir los demás empleados de la institución.

Es necesario señalar que es posible que en atención a la naturaleza del servicio de salud, en cuanto requiere continuidad en su prestación, exista la necesidad de adecuar la jornada laboral. No obstante, si el funcionario que presta su servicio Social Obligatorio, es un médico (nivel profesional), que no se encuentra dentro de los niveles asistencial o técnico, no tiene derecho a que se le reconozca el pago de dominicales y festivos ocasionales, como tampoco horas extras.

Así mismo, la sala de consulta y servicio civil del honorable Consejo de Estado¹⁶ respecto del tema expresó:

“Trabajo ordinario y ocasional en días dominicales y festivos

El decreto ley 1042 de 1.978, artículos 39 y 40, otorga tratamiento remunerativo diferente al trabajo realizado en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales y permanentes, o excepcionales

ARTÍCULO 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

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

Se aclara que, al momento de decidir cada caso concreto, la administración evaluará si procede inaplicar el artículo 13 del decreto 035 de 1999, ante la limitante que se establece en algunos grados de los niveles asistencial y técnico y en el profesional, para efectos del reconocimiento de estas sobre remuneraciones”

En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días, - incluidos, claro está, los no hábiles -, el trabajo se toma en “habitual y permanente”, así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia, es decir forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días domingos o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria. Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional.

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, precisó:

“...el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aún cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital...”

También La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 11 de diciembre de 1.997, expediente 10.079, se pronunció al respecto:

“La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad de los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales”.

Como consecuencia de lo anterior, no se demostró por parte del actor, la habitualidad de dicha prestación de servicio, por lo cual se declara que no existe razón legal para ordenar su reconocimiento.

¹⁶ Consejo de Estado sala de consulta y servicio civil radicado No 1254 del 9 de marzo del 2000 M. P Flavio Augusto Rodríguez Arce.

11.4 Disponibilidad.

El accionante solicita se le reconozca las horas de disponibilidad para el servicio en la entidad accionada y para ello debemos tener en cuenta lo expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁷:

“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.

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 constituyen 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.

Respecto de la disponibilidad, el Departamento Administrativo de la Función Pública, señaló¹⁸

“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 este se 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..

Concluye el concepto, indicando que:

De conformidad con lo anteriormente transcrito y en concepto de esta oficina jurídica, se considera que es claro que procede el pago de la disponibilidad cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades particulares. Ahora bien, si durante esta disponibilidad el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales, en principio se

¹⁷ Consejo de Estado sala de consulta y servicio civil Rad. No 1254 del 9 de marzo del 2000 M. P Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁸ Concepto 6611 del 2015

considera que no procede el pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo, y sólo sería viable el pago de la "disponibilidad" cuando el funcionario efectivamente es llamado para atender el servicio.

En el hecho tercero de la demanda relatado por el apoderado judicial de la parte accionante se expone que "esta labor la desempeñó, de forma responsable y correcta, siendo médico de urgencias, con disponibilidades de 24 horas e igualmente disponibilidad dentro del casco urbano del municipio de San Luis"

Así lo expresó el señor Francisco Ferney Carvajal Lozano en su declaración bajo la gravedad del juramento en la audiencia de pruebas realizada el 13 de septiembre 2019 que al respecto dijo:

"(...) los cuadros de turnos los realizaba la ordenadora del gasto y algunas veces yo lo hacía. (...) Se deja un médico en urgencias y otro debe estar en la casa no puede salir del municipio. (...) al disponible se llama si se necesita porque la mayoría de las veces el médico de turno hace a labor y no se necesita otro más, pero si se le necesita tiene que venir o sea debe estar pendiente y estando en residencia en donde vivían, pero no pueden salir del perímetro"

De la lectura del hecho tercero del libelo de demanda, de la relación de los cuadros de turnos para los médicos de la entidad accionada que fueron aportados como pruebas por las partes y de la declaración juramentada por el señor Carvajal Lozano compañero de labores del actor, se evidencia que el accionante cuando se encontraba en disponibilidad lo hacía por fuera del lugar de trabajo y no en las instalaciones del hospital, existiendo la posibilidad de que sus servicios fueran o no requeridos, como en efecto no se demostró por parte del actor que los mismo hubiesen sido requeridos, en consecuencia se negará el reconocimiento solicitado por el accionante.

12. Recapitulación

Como quiera que el servicio social obligatorio es un programa para que los egresados de los programas de educación superior en salud presten sus servicios en áreas urbanas, rurales deprimidas o de difícil acceso a los servicios de salud, con el objeto de cumplir con un requisito para la inscripción y poder desempeñar las labores profesionales de la carrera estudiada.

Para ello las instituciones prestadoras de servicios de salud ofrecerán un número determinado de plazas, acorde con las necesidades de las poblaciones respectivas, haciendo la solicitud a las direcciones territoriales de salud, la cual especificara el horario, disponibilidad, lugar de prestación del servicio y la remuneración de los aspirantes por el término de hasta 1 año.

En el caso presente el accionante fungió como médico del servicio social obligatorio en el hospital Serafín Montaña Cuellar en el periodo del 13 de enero del 2014 al 12 de enero del 2015 mediante vinculación legal y reglamentaria, habiéndosele cancelado el sueldo mensual por el sistema de nómina y realizados los aportes a seguridad social integral y pagado la liquidación correspondiente al año de servicio prestado y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

13. Condena en costas.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado

normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda, como agencias en derecho

TERCERO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

CUARTO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

Firmado Por:

LUIS MANUEL GUZMAN

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

27e0b2f511a6d48cc8c83fdd3a45589aa1e5eca3e52410ec439b5b4604bc1361

Documento generado en 26/03/2021 12:24:35 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**