**VINCULACIÓN CON EL ESTADO –** **Formas**

El conjunto de competencias asignadas a cada uno de los órganos estatales constituye la variedad de funciones públicas que deben ser ejecutadas o desarrolladas por las personas naturales que se vinculen con el Estado, lo que implica la existencia de la prestación de los servicios que puede darse a través de una pluralidad de vínculos jurídicos. (…) Así el empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo. (…) De esta manera, se tiene que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) a través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios.

**CALIDAD EMPLEADO PÚBLICO** **– Noción**

de acuerdo a lo consagrado en la Carta Superior, para que se admita que una persona pueda catalogarse como empleado público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan por su ejercicio, es necesario en principio que se cumplan algunos presupuestos de orden tanto constitucional como legal relacionado necesariamente con los empleos estatales, entre los cuales está: - La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad y la determinación de las funciones propias del cargo y la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo. - El ingreso al servicio público en la forma establecida en el respectivo régimen, vale decir, en tratándose de empleos de carrera administrativa, se realizará con quien ocupe el primer lugar en el proceso de selección que se efectúe para la respectiva entidad. Así mismo, para los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. De otra parte, también pueden desempeñar empleos públicos los denominados trabajadores oficiales

**CONTRATO REALIDAD –** **Contrato de prestación de servicios – Relación laboral**

Se observa que las mismas no tienen el carácter de ser actividades que esporádicamente ejerza la entidad, sino que, por el contrario, las obligaciones contractuales que le fueron asignadas a la demandante como auxiliar de enfermería y enfermera jefe en la entidad de salud poseen la naturaleza o el carácter de permanente. Aunado a lo anterior, se observa que la actora estaba obligada asistir a jornadas de capacitación programadas por el ente hospitalario, asistir a las reuniones y actividades dispuestas por el departamento de enfermería, lo que sin duda, deja evidenciado la carencia de autonomía con que la contratista ejecutaba los contratos, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad con que podía llevarlas a cabo, sino que por el contrario, se encontraba sujeta al direccionamiento de la entidad contratante. (…) En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada, es decir, la de auxiliar de enfermería y enfermera jefe está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay excepcionalidad de la labor desarrollada por la actora, porque se trató de una vinculación que se extendió por un poco más de 4 años con la misma persona y ejecutando básicamente 2 objetos contractuales que se encuentran ligados al componente misional de la entidad. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos de prestación de servicios sucesivos a partir del 1 de agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2012, para desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, de carácter permanente y sin autonomía en el ejercicio de la labor. De conformidad con lo antes señalado y de acuerdo al postulado constitucional previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que se configure una relación laboral, resulta procedente declarar la existencia de una relación de trabajo, por lo que, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para encubrir una verdadera relación laboral, de tal manera que, configurada la relación laboral como ha sucedido en el caso bajo estudio, el efecto normativo y garantizador del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16)**

**Actor: YUNIVED CASTRO HENAO**

**Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de Control:** | Nulidad y restablecimiento del derecho.- |
| **Tema:**  **Decisión:** | Contrato realidad. Acredita que la labor de enfermería la ejerció de manera subordinada.  Confirma con modificaciones sentencia apelada que concedió las pretensiones de la demanda. |
|  |  |
|  |  |
|  |  |

**Fallo segunda instancia –**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y por la demandada contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2015 y su complementaria de fecha 12 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda ordenando a título de reparación del daño que la entidad accionada reconozca y pague a la demandante las prestaciones sociales conforme lo que perciben quienes desempeñan el cargo de enfermera, enfermero jefe o auxiliar de enfermería en los periodos laborados; así como también, el pago de los aportes a las entidades de seguridad social en su debida proporción durante los plazos contractuales estipulados, los aportes a caja de compensación y denegó las demás suplicas de la demanda.

**A N T E C E D E N T E S**

La señora Yunived Castro Henao en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 29 de noviembre de 2012, mediante el cual, la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca negó el reconocimiento y pago de la prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, horas extras, dominicales y festivos, tomando como base los honorarios contractuales causados durante el periodo comprendido del 2 de enero de 2007 y el 30 de diciembre de 2012. Así como también, se ordene el reembolso de los dineros que canceló por concepto de cotización a pensión y salud, el pago de la sanción moratoria y la diferencia en el reajuste del valor de los honorarios cancelados respecto de salario devengado por una auxiliar de enfermería de la entidad.

**Fundamentos fácticos**.-

La demandante señaló que prestó sus servicios a la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca como auxiliar de enfermería desde el 2 de enero de 2007 hasta el 4 de enero de 2010. Así mismo, que para el periodo comprendido del 8 de enero de 2010 hasta diciembre de 2012, como enfermera jefe.

Sostuvo que la prestación de dichos servicios la hizo en turnos de 12 horas excediendo el horario exigido por la E.S.E. a los servidores de planta que desarrollan la misma actividad.

Con fundamento en lo anterior, la actora reclamó a la E.S.E. el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos que no le fueron cancelados durante el vínculo contractual que sostuvo, todo ello sustentado en la verdadera relación laboral que se configuró, siendo negada dicha reclamación por parte del ente hospitalario.

**Normas violadas y concepto de violación[[1]](#footnote-1).-**

Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones: Constitución Política: Los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53 y 125. Ley 70 de 1988, artículos 1 y 2; Ley 244 de 1995; Ley 1395 de 2010, articulo 114; Ley 790 de 2002, articulo 17.

Arguyó la falsa motivación del acto acusado, toda vez que, en la relación contractual se encuentran estructurados los elementos de la relación legal y reglamentaria y desconocerlos constituye ocultamiento de situación real en la que aparece el elemento subordinación, dependencia y remuneración claramente entendibles y que emerge con nitidez.

Alegó que se transgredieron las normas antes señaladas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo como derecho fundamental del administrado.

**Contestación de la demanda**

La E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca manifestó oponerse a todas las pretensiones de la demanda alegando que no resulta presumir la existencia de una relación laboral por el solo hecho de la prestación del servicio, por cuanto la subordinación laboral nunca existió y el contratista no tiene como demostrarla dado que jamás recibió órdenes directa o alguna señal de subordinación durante la prestación de sus servicios.

Arguyó que el Hospital San Vicente de Arauca es una institución prestadora del servicio de salud y que el personal vinculado a ella tiene el carácter de empleado público y trabajador oficial y que, precisamente para ofrecer servicios de salud con eficiencia, eficacia y oportunidad debe acudir a la contratación de personal administrativo, operativo y asistencial mediante diversas modalidades de contratación, pero siempre previstas en la ley.

**Sentencia de primera instancia.**

El Tribunal Administrativo de Arauca tuvo por demostrado conforme los contratos aportados al expediente, la prestación de los servicios de auxiliar de enfermería y de enfermera jefe. Así mismo, consideró que de acuerdo a la certificación expedida por la entidad accionada, el cargo de auxiliar de enfermería y de enfermera tendría como jefe inmediato al líder del Programa de Enfermería, lo que se encuentra corroborado con el testimonio rendido pro el señor Jesús Ballesteros Sanguino.

## Así las cosas, señaló el a quo que del análisis en conjunto de los medios de pruebas allegados el expediente, queda demostrado que no se trató de labores simplemente coordinadas las que desempeñó la accionante cuando laboró como enfermera jefe y auxiliar de enfermería para el Hospital San Vicente de Arauca pues, de acuerdo con la naturaleza de las funciones ejercidas, es claro que en la entidad existen personas que ejercen dicho cargo y desarrollan las mismas labores lo cual implicó que la actora no fue contratada para desarrollar actividades distintas, especializadas o diferentes a las que ejercían en la entidad hospitalaria.

Conforme lo anterior, declaró la nulidad del acto demandado y ordenó a título de reparación del daño, el reconocimiento y pago en favor de la señora Yunived Castro Henao, de las prestaciones sociales que reciben quienes desempeñan el cargo de enfermera o enfermero jefe y auxiliar de enfermería en los interregnos laborados y acreditados en el proceso, así como el pago de los aportes por dichos periodos a las entidades de seguridad social en su debida proporción durante los plazos contractuales estipulados, el pago por concepto de caja de compensación, todo ello liquidado con base en lo devengado por quienes desempeñaron dichos cargos en la entidad, sin que hagan parte de la aludida liquidación los periodos en que hubo interrupciones en los contratos de prestación de servicios y negó las demás suplicas de la demanda.

## Recurso de apelación.-

1. Parte demandada.

Alegó la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca que no resulta posible decretar la existencia de una relación laboral cuando no se dieron los hechos jurídicos necesarios como lo establece el artículo 122 de la Carta Superior, es decir, la existencia de un acto de vinculación legal y reglamentario – empleado público- o contractual laboral- trabajador oficial-.

De otra parte, sostuvo que en la planta de personal de la entidad no se encuentran creados la cantidad de cargos suficientes y por ello, se acudió a la figura contractual, todo ello sustentado en la regulación contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

1. De la parte demandante.

La parte actora controvierte esencialmente lo resuelto en los numerales tercero y quinto de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 23 de julio 2015 y lo definido en la sentencia complementaria que denegó las pretensiones relacionadas con el pago de las horas extras, dominicales y festivos, pues estima el recurrente que es dable reconocer otros emolumentos diferentes a las denominadas prestaciones sociales comunes cuando se acredita la existencia de un contrato realidad, toda vez que, se demostró el trabajo adicional realizado por la demandante comparado con el horario establecido por el hospital demandado para sus trabajadores de planta.

De igual manera, arguye que se demostró el desequilibrio salarial en contra de la actora, con los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, contrastados con las certificaciones de la entidad sobre el monto del salario mensual devengado por los empleados de planta que realizaban las mismas actividades laborales en igual calidad a la de la actora.

Por último, referente a la sanción moratoria, alega que no existe impedimento para que se declare el reconocimiento de la misma a partir de la firmeza del fallo que derrumba la incertidumbre de pagar las prestaciones económicas reclamadas. En ese sentido, sostiene que si el sustento para negar la moratorio desde la terminación del vínculo contractual es la falta de certeza sobre los derechos reclamados, una vez cobre firmeza el fallo judicial que los declara, desaparece dicha incertidumbre sobre tal obligación a cargo de la accionada.

## Alegatos de conclusión.-

Las partes no hicieron uso de esta oportunidad procesal.

**Concepto del Ministerio Público[[2]](#footnote-2)**

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto solicitando se confirme la sentencia apelada, al estimar que las funciones desarrolladas por la demandante corresponde a una de las actividades funcionales y misionales que tenía el Hospital San Vicente de Arauca, es decir, a las desempeñadas por los servidores de planta.

## C O N S I D E R A C I O N E S

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

**Problema jurídico.-**

De acuerdo con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación interpuesta por las partes, le corresponde a la Sala:

Determinar si es procedente que se declare la existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios cuando se acreditan los requisitos que la conforman, es decir, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración o solamente es predicable la configuración de la misma en los términos de una vinculación legal y reglamentaria – empleado público- o contractual laboral – trabajador oficial-.

De igual forma, deberá establecer si en el eventual caso que se declare la existencia de la relación laboral, es procedente el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, la equiparación de los honorarios de acuerdo a lo percibido por el empleado de planta y la sanción moratoria.

Para resolver el problema jurídico, la Sala estudiará en primera medida, las formas de vinculación con el Estado y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia de las relaciones contractuales estatales. Posteriormente, se analizará la procedencia del reconocimiento del trabajo suplementario en procesos donde se declara la primacía de la realidad sobre las formas. Y por último, se resolverá el caso concreto.

1. **Formas de vinculación con el Estado**.

El conjunto de competencias asignadas a cada uno de los órganos estatales, constituye la variedad de funciones públicas que deben ser ejecutadas o desarrolladas por las personas naturales que se vinculen con el Estado, lo que implica la existencia de la prestación de los servicios que puede darse a través de una pluralidad de vínculos jurídicos.

El artículo 122 de la Constitución Política dispuso:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(…)”.

Así el empleo público existe una vez se cree en la planta de personal respectiva, se señalen sus específicas funciones y, cuando sus emolumentos se encuentran previstos en el respectivo presupuesto. La titularidad para ejercerlo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

Ahora, el artículo 125 Constitucional determinó las formas en que procede la vinculación con la administración pública en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (…)”.

De esta manera, se tiene que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) a través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios.

De acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuándose los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Entonces, de acuerdo a lo consagrado en la Carta Superior, para que se admita que una persona pueda catalogarse como empleado público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan por su ejercicio, es necesario en principio que se cumplan algunos presupuestos de orden tanto constitucional como legal relacionado necesariamente con los empleos estatales, entre los cuales está:

- La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad y la determinación de las funciones propias del cargo y la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.

- El ingreso al servicio público en la forma establecida en el respectivo régimen, vale decir, en tratándose de empleos de carrera administrativa, se realizará con quien ocupe el primer lugar en el proceso de selección que se efectúe para la respectiva entidad. Así mismo, para los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

De otra parte, también pueden desempeñar empleos públicos los denominados trabajadores oficiales, los cuales están vinculados por una relación contractual laboral pública. En ese orden, de acuerdo con el Decreto 2127 de 1945, desarrollo de la Ley 6 de 1945, determinó que la vinculación laboral contractual oficial tiene relación con tres grupos de actividades:

a) Trabajo en construcción o sostenimiento de obras públicas de la administración;

b) Trabajo en Empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro,

c) Trabajo en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

Teniendo en cuenta todo lo antes señalado, es necesario precisar que la modalidad de vinculación con la administración pública mediante contratos de prestación de servicios no tiene el carácter laboral, de acuerdo a lo estatuido en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en tanto que, los aludidos contratos se celebran para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, de manera temporal u ocasional.

No obstante ello, la presunción consagrada en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite prueba en contrario, de tal manera que, podrá ser discutida por la vía judicial competente para el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y las consecuencias derivadas del contrato de prestación de servicio relacionadas con el pago de prestaciones sociales. En consecuencia, se deberá reconocer la existencia de la relación laboral en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, si el contratista demuestra el cumplimiento material de la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración a cambio.

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

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

De acuerdo con la legislación vigente en Colombia, el trabajo se clasifica en diurno y nocturno[[3]](#footnote-3) según el momento en que se preste. En ese sentido, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada de trabajo, señalando al respecto que: «La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas».

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

De la misma manera, el artículo 34 ibídem, al consagrar la jornada de trabajo extraordinaria, la cual puede ser diurna o nocturna según prolongación de la jornada normal o nocturna o de la jornada diurna, respectivamente y las horas laboradas se catalogarán como extras nocturnas o extras diurnas[[4]](#footnote-4), según sea el caso, señaló lo siguiente:

«De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

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

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

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

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

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

**Nota: El literal a) quedó así:**

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

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

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

1. En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. **Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. El literal quedó así:**

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

1. Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo…»

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

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

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el mero reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir de manera automática la condición de empleado público al contratista en cuyo beneficio le es aplicado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.[[5]](#footnote-5)

No obstante ello, destaca la Sala que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.

Así las cosas, se tiene que el contratista que demuestra bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad la verdadera existencia de una relación laboral que subyace de una relación contractual estatal bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio, no lo convierte automáticamente en un empleado público,pero si le otorga la posibilidad de acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que en su calidad de contratista no le fueron reconocidas.

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

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

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

Cierto es que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos en lo concerniente a la jornada laboral es el Decreto -Ley 1042 de 1978[[6]](#footnote-6), “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, disposición que regula la jornada laboral de los empleados públicos.

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

“Artículo 22. Ordenación de la Jornada Laboral.

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

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

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

Entonces, la regulación normativa precitada es clara en delimitar su campo de aplicación a los empleados públicos[[7]](#footnote-7), condición de la que precisamente carece la contratista que llegare a demostrar la configuración de una verdadera relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio pero de la cual, no podrá mutar en una relación legal y reglamentaria, conforme las exigencias consagradas en los artículos 122 al 125 de la Carta Superior.

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

Todo lo anterior, pone de presente un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. En ese sentido, rige el principio universal[[8]](#footnote-8) de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar el trabajo suplementario reclamado, ya que al Juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.

**Del caso concreto.**

En primera medida, procederá la Sala a resolver lo atinente a las inconformidades planteadas por la parte accionada en tanto que, alega la imposibilidad que se declare la existencia de una relación laboral sin que previamente no se haya cumplido con los requisitos fijados por el ordenamiento para que se generase una vinculación legal y reglamentaria o contractual laboral entre la actora y la entidad demandada en los términos de los artículos 122 y 125 constitucionales.

Al respecto, debe indicarse que en efecto, el régimen jurídico ha contemplado tres clases de vinculación con el Estado, la legal y reglamentaria, la laboral contractual y los contratos de prestación de servicios con las entidades públicas, las cuales tienen sus propios elementos que los tipifican.

Para el caso bajo estudio, la parte actora alega haber prestado sus servicios como auxiliar de enfermería y como enfermera jefe, todos por medio de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, durante el lapso comprendido del 2 de enero de 2007 a diciembre de 2012.

Para ello, la parte demandante aportó copia de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la accionada, tendiente a demostrar la relación contractual de la cual, predica la existencia de la relación laboral, razón por la cual, se hace necesario analizar cada uno de los mismos a fin de establecer los objetos contractuales, la temporalidad y la continuidad o interrupciones que se hayan presentado.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **No de contrato** | **Fecha de inicio** | **Fecha finalización** | **Objeto del contrato** | **Folio** |
| 076 – 2008 | 01/04/2008 | 30/04/2008 | Prestación de los servicios de auxiliar de área de salud (**Auxiliar de enfermería**) en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca. | 339 |
| Resolución 0385 – 2008 | 1/05/2008 | 20/05/2008 | Ibídem | 354 |
| 0991 – 2008 | 21/05/2008 | 31/05/2008 | Ibídem | 341 |
| Resolución 0620 -2008 | 1/07/2008 | 10/07/2008 | Ibídem | 356 |
| 1414 – 2008 | 17/07/20008 | 31/07/2008 | Ibídem | 343 |
| 2537 – 2008 | 01/12/2008 | 31/12/2008 | Ibídem | 345 |
| 0138 – 2009 | 2/01/2009 | 31/01/2009 | Ibídem | 333 |
| 1250 de 2009 | 01/07/2009 | 30/07/2009 | Ibídem | 335 |
| 2583 – 2009 | 01/12/2009 | 31/12/2009 | Ibídem | 337 |
| 0352 – 2010 | 1/02/2010 | 28/02/2010 | Ibídem | 325 |
| Resolución 1089-2010 | 01/08/2010 | 31/10/2010 | Enfermera jefe | 331 |
| 3320-2010 | 11/11/2010 | 30/11/2010 | Prestar los servicios como **enfermera jefe** en el fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal en el área de cirugía y otras patologías relacionadas con el embarazo, parto, puerperio y menos de 5 años para la prevención de la morbimortalidad perinatal e infantil en el Hospital San Vicente de Arauca. |  |
| 3694-2010 | 6/12/2010 | 31/12/2010 | Ibídem | 329 |
| 0274-2011 | 03/01/2011 | 31/01/2011 | Ibídem | 311 |
| 0661-2011 | 1/02/2011 | 28/02/2011 | Ibídem | 313 |
| 1057-2011 | 1/03/2011 | 31/03/2011 | Ibídem | 315 |
| 1420-2011 | 01/04/2011 | 15/04/2011 | Ibídem | 317 |
| Resolución 0506-2011 | 01/05/2011 | 31/05/2011 | Ibídem | 347 |
| 2035-2011 | 11/07/2011 | 26/11/2011 | Ibídem | 319 |
| 2259-2011 | 01/08/2011 | 31/08/2011 | Ibídem | 321 |
| 2506-2011 | 01/09/2011 | 30/09/2011 | Ibídem | 323 |
| 2795-2011 | 01/10/2011 | 31/10/2011 | Ibídem | 307 |
| 302-2011 | 01/11/2011 | 30/12/2011 | Ibídem | 309 |
| 0137-2012 | 02/01/2012 | 31/01/2012 | Ibídem | 298 |
| 0487-2012 | 01/02/2012 | 31/03/2012 | Ibídem | 300 |
| 0822-2012 | 02/04/2012 | 31/05/2012 | Ibídem | 302 |
| 1090-2012 | 01/06/2012 | 15/06/2012 | Ibídem | 304 |
| 1316-2012 | 16/06/2012 | 30/06/2012 | Ibídem | 305 |

Con los contratos relacionados en precedencia, se demuestra que la demandante fue contratada en 2 ciclos por la entidad hospitalaria a fin de prestar los siguientes servicios: en un primer periodo, prestó sus servicios de auxiliar de enfermería. Y en un segundo lapso, prestó los servicios de enfermera jefa, quedando probado que la demandante estuvo vinculada al Hospital San Vicente de Arauca a través de contratos de prestación de servicios.

En ese mismo sentido, encuentra la Sala que la relación contractual solo fue continua a partir del 1 de agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2012, toda vez que, al examinar las temporalidades o plazos en cada uno de los contratos allegados al expediente, las resoluciones que ordenaron el pago de los honorarios y los comprobantes de pago, se evidencia las interrupciones que se presentaron en la celebración y ejecución de los contratos para las vigencias 2008, 2009 e inclusive 2010.

Es así como se observa que para la vigencia 2008, la actora no suscribió contrato alguno con la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca durante los meses de enero, febrero, marzo, junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre, es decir, que de los 12 meses del año 2008, solo prestó sus servicios al ente hospitalario por los meses de abril, mayo, julio y diciembre, valga decir, 4 meses únicamente.

Similar situación se presentó para el año 2009, en los cuales, observa la Sala que para los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre la demandante no sostuvo relación contractual con el hospital, de tal suerte que, la vinculación contractual durante dicha vigencia se limitó a 3 meses y en forma discontinua. Y para la anualidad 2010, la accionante no celebró contrato de prestación de servicios con la E.S.E. demandada durante los meses de enero, marzo, abril, mayo, junio y julio.

Lo anterior deja ver que, para las anualidades antes indicadas, la actora sostuvo vinculación contractual discontinua, a fin de suplir necesidades temporales, por lo que, para ello se encuentra ajustado la modalidad contractual utilizada por la entidad accionada, sin que se pueda predicar de dichos periodos la existencia de una relación laboral.

Visto lo anterior, se tiene la continuidad de la relación contractual como uno de los criterios que permiten definir la existencia o no de una relación laboral a la luz de la sentencia C-614 de 2009, solo fue probado a partir del 1 de agosto de 2010 hasta 30 de junio de 2012, de tal manera que, si bien la prolongación contractual y sucesiva *per se* no constituye prueba directa de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, tal circunstancia constituye un indicio[[9]](#footnote-9) de la necesidad que existía respecto del servicio de auxiliar de enfermería y de enfermera jefe que requería la entidad para su funcionamiento.

Conforme lo anterior, si bien es cierto que la actora no sostuvo con la entidad accionada una relación legal y reglamentaria ni laboral contractual, sino que su relación fue esencialmente contractual estatal regida bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, lo cierto es que, no por ello, resulta jurídicamente improcedente la probanza de una verdadera relación laboral que pueda ser declarada como consecuencia de la demostración de sus elementos tipificantes, motivo por el cual, habrá de establecerse a continuación, si fue debidamente acreditada la subordinación en la ejecución de dicho contratos, específicamente, aquellos que fueron celebrados y desarrollados a partir del 1 agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2012, como componente necesario para la demostración de la relación laboral.

Pues bien, al examinar los objetos contractuales pactados por las partes, se obtiene que básicamente la accionante tenía a su cargo como obligaciones contractuales las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| Auxiliar de enfermería | Enfermera jefe |
| * 1. Informar oportunamente sobre situaciones de emergencia y riesgo que observe en los pacientes, familia, comunidad y medio ambiente; b) asistir a las reuniones y cursos de actualización programadas por el Hospital y/o departamento de enfermería; c) realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente; d) colaborar en la identificación de individuos y grupos de población expuestos a riesgos de enfermedad; e) preparar y mantener estéril el material, equipo y elementos de trabajo a su cargo; f) colaborar con el médico en la realización de la consulta; g) realizar la pre consulta de especialista; h) revisar las historias clínicas de los pacientes citados y verificar que contenga examines de laboratorio y rx completos; i) hospitalizar a los pacientes que lo requieren según órdenes medicas teniendo en cuenta las normas de cada servicio,; j) brindar atención de enfermería a sus pacientes según órdenes médicas y de enfermería; k) rotular muestras tomadas a los pacientes y entregarlas al laboratorio y/o patología según normas establecidas ; l) prestar primeros auxilios en caso de accidentes,; m) informar a los pacientes y comunidad sobre existencia y utilización de servicios de salud; n) orientar a los pacientes y familia en el hospital y ayudarle en la consecución de citas médicas; o) solicitar oportunamente a estadística las historias clínicas de los pacientes citados; p) entregar a estadística diariamente las historias clínicas después de las consultas médicas o de enfermería; q) diligenciar diariamente los registros estadísticos pertinentes a su trabajo; r) informar oportunamente sobre las dificultades o no realización de consulta médica; s) informar sobre las necesidades de equipos y elementos de trabajo; t) facturar en el sistema del hospital los servicios objeto del contrato. | * 1. Valorar el estado de salud de la población a través del diagnóstico de la situación de salud; b) informar oportunamente las situaciones de emergencia y riesgos que se presenten en esta área; c) establecer, diseñar y producir o adoptar métodos y programas terapéuticos especializados para programar y ejecutar capacitaciones, adiestramiento e instrucción al personal de enfermería; d) participar en la ejecución y actualización del personal de enfermería de la institución y/o la programada por el departamento de enfermería; e) participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las cusa y soluciones a los problemas de salud de la comunidad; f) programar, ejecutar y evaluar la educación en salud a la comunidad en coordinación con el equipo de salud; g) controlar el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de trabajo necesarios para el buen funcionamiento de su área; h) solicitar oportunamente los equipos y elementos de trabajo necesarios para el funcionamiento de su servicios; i) realizar el diagnostico periódico de las necesidades de recursos material, humano y de capacitación de personal de enfermería; j) vigilar que los médicos lleven las fichas epidemiológicas de las enfermedades de notificación inmediata) elaborar y presentar oportunamente al departamento de enfermería los informe y registros requeridos por la institución; i) participar en estudios clínicos y cursos o charlas programadas por la institución; m) asistir a las reuniones y actividades programadas por el departamento de enfermería; n) ejecutar procedimiento de enfermería de mayo responsabilidad a los pacientes, familia y comunidad; ñ) colabora con el medico durante la realización de procedimientos especiales; o) coordinar y supervisar la remisión de pacientes; p) coordinar y supervisar el envío de pacientes a otros servicios del hospital; q) colaborar con el comité de infecciones en prevención y control de las infecciones; r) elaborar los pedidos de farmacia y almacén; s) alimentar en el sistema los registros individuales de prestación del servicio de manera completa y en el momento requerido…x) asistir de manera obligatorio a las capacitaciones que sean convocadas por la institución para el cumplimiento de los actividades contractuales… |

De las anteriores labores, se observa que las mismas no tienen el carácter de ser actividades que esporádicamente ejerza la entidad, sino que por el contrario, las obligaciones contractuales que le fueron asignadas a la demandante como auxiliar de enfermería y enfermera jefe en la entidad de salud poseen la naturaleza o el carácter de permanente.

Aunado a lo anterior, se observa que la actora estaba obligada asistir a jornadas de capacitación programadas por el ente hospitalario, asistir a las reuniones y actividades dispuestas por el departamento de enfermería, lo que sin duda, deja evidenciado la carencia de autonomía con que la contratista ejecutaba los contratos, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad con que podía llevarlas a cabo, sino que por el contrario, se encontraba sujeta al direccionamiento de la entidad contratante.

Adicionalmente, la Sala al examinar las demás pruebas documentales obrantes en el proceso, encuentra que en la planta de personal del ente hospitalario, existe el cargo de enfermero, código 243, el cual tiene asignado como funciones esenciales las siguientes[[10]](#footnote-10):

«1.Ejecutar los tratamientos de enfermería de mayor responsabilidad a personas, familias y grupos de comunidad.

2. Participar en las revistas médicas y de enfermería y en otro tipo de estudios clínicos y responder por los tratamientos de los pacientes.

3. Ejercer control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de enfermería a los usuarios.

4. Revisar historias clínicas e instrucciones médicas de todos los casos de hospitalización o ambulatorios a su cargo.

5. Evaluar la calidad en la atención de enfermería en los pacientes, familia y/o comunidad

6. Particular como instructor en la capacitación, adiestramiento al personal relacionado con el área.»

E igualmente, se acreditó en el proceso que existe en la planta de personal de la entidad accionada el cargo de auxiliar de enfermería, código 412, cuyas funciones son las siguientes:

« 1. Preparar y mantener estéril el material, equipo y elementos de trabajo a su cargo.

Colaborar con el medico en la realización de la consulta.

1. Realizar la preconsulta de especialistas.
2. Orientar a los pacientes y familia en el hospital y ayudarles a la consecución de citas médicas, de laboratorio, rx aplicación de tratamiento.
3. Solicitar y entregar a estadística diariamente las historias clínicas antes y después de la consulta médica o de enfermería.[[11]](#footnote-11)»

De acuerdo con las anteriores funciones, se tiene que las mismas fueron consagradas en los diversos contratos que suscribió la demandante con el Hospital San Vicente de Arauca, es decir, que la actora desempeñó actividades que tiene el carácter de permanente, en tanto la labor ejecutada es inherente al componente misional[[12]](#footnote-12) de la entidad. Así mismo, existe identidad o similitud entre las funciones asignadas a los empleos de auxiliar de enfermería y enfermero respecto de las pactadas por las partes en los contratos de prestación de servicios que fueron relacionados en líneas precedentes.

Así las cosas, la situación objeto de análisis, se encuadra dentro de los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009[[13]](#footnote-13), que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y remuneración, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral.

En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada, es decir, la de auxiliar de enfermería y enfermera jefe está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay excepcionalidad de la labor desarrollada por la actora, porque se trató de una vinculación que se extendió por un poco más de 4 años con la misma persona y ejecutando básicamente 2 objetos contractuales que se encuentran ligados al componente misional de la entidad. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos de prestación de servicios sucesivos a partir del 1 de agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2012, para desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, de carácter permanente y sin autonomía en el ejercicio de la labor.

De conformidad con lo antes señalado y de acuerdo al postulado constitucional previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que se configure una relación laboral, resulta procedente declarar la existencia de una relación de trabajo, por lo que, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para encubrir una verdadera relación laboral, de tal manera que, configurada la relación laboral como ha sucedido en el caso bajo estudio, el efecto normativo y garantizador del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Tampoco resulta de recibo el argumento de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, según el cual, no existía suficiente personal, pues dicha situación no justifica tener que recurrir indebidamente a la contratación bajo la modalidad de prestación de servicios y que los contratistas deban cumplir idénticas funciones y estén sujetos a los mismos deberes que los servidores públicos, máxime, cuando el artículo 21 de la Ley 909 de 2004[[14]](#footnote-14), consagró una nueva modalidad de vinculación a la función pública[[15]](#footnote-15), diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, con la cual contaba la entidad accionada para conjurar la circunstancia que le permitieran prestar los servicios bajo su competencia, claro está, atendiendo los condiciones fijados por el legislador.

En los anteriores términos, considera la Sala que los razonamientos expuesto por parte del Hospital San Vicente de Arauca no tiene vocación de prosperidad, motivo por el cual, la Sala confirmará la sentencia recurrida pero modificando el restablecimiento del derecho, bajo el entendido que la declaratoria de existencia de la relación laboral declarada por el a quo será únicamente, respecto del periodo comprendido del 1 de agosto de 2010 al 30 de junio de 2012, conforme lo expuesto en líneas antecedentes.

Ahora bien, en lo referente al recurso de apelación formulado por la parte demandante, en tanto la providencia recurrida denegó las pretensiones relacionadas con el pago del trabajo suplementario, nivelación de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios respecto de lo devengado por los empleados de planta que realizan las mismas actividades laborales a las ejecutadas por la actora y la sanción moratoria, la Sala precisa lo siguiente:

Respecto de la sanción moratoria, debe indicarse que la misma se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso en reconocer y pagar las cesantías al trabajador en la oportunidad fijada por la ley, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. En ese orden, para el caso bajo estudio no resulta procedente su reconocimiento y pago a partir de la ejecutoria del fallo que declara la existencia de la relación laboral como lo pretende la parte actora, por cuanto que, la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios.

En lo atinente al trabajo suplementario, itera la Sala el exigente ejercicio probatorio que recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, por lo que, no basta que se allegue simplemente la relación de turnos como sucedió en el presente asunto, sino que dicho documento debe ser explicado con toda claridad y precisión que permita determinar el tiempo suplementario reclamado, ya que al Juez no le es dado hacer suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.

Aunado a ello, conforme lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, el trabajo suplementario debe obedecer a una necesidades que amerite la prestación del servicio en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, las cuales deben ser debidamente autorizadas por el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, de tal manera que, el trabajo suplementario requiere de autorización previa, mediante comunicación escrita y motivada, condiciones que para el caso bajo estudio no fueron probadas.

Por último, respecto de la condena en costa, la Sala debe reiterar lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[[16]](#footnote-16) de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso. En esa medida, observa la Sala que la entidad accionada desplegó su actuar básicamente ejerciendo su legítimo derecho de defensa y contradicción sin que se desprenda del mismos un proceder temerario que justifique la imposición de costas.

Conforme lo expuesto, la Sala confirmará con modificaciones la sentencia del 23 de julio de 2015 y su complementaria de fecha 12 de noviembre de esa misma anualidad, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad accionada reconozca y pague a la demandante las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicioscorrespondientes al periodo comprendido del 1 de agosto de 2010 hasta 30 de junio de 2012, excluyendo los aportes a la Caja de Compensación Familiar, en tanto que el mismo no constituye una prestación social sino un aporte parafiscal.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

PRIMERO.- Confirmase con modificaciones la sentencia del 23 de julio de 2015 y su complementaria de fecha 12 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que declaró la nulidad del acto acusado.

SEGUNDO.- Modifícase el ordinal segundo de la sentencia fechada 23 de julio de 2015, el cual quedará de la siguiente manera:

«Ordénase a título de restablecimiento del derecho, que la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca reconozca y pague a la señora Yunived Castro Henao las prestaciones sociales tales como cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación por servicios correspondientes al periodo comprendido del 1 de agosto de 2010 hasta 30 de junio de 2012, liquidadas conforme el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad accionada y proceda a cancelar al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliada la actora, los aportes a las cotizaciones en pensión en la proporción que le corresponde asumir por ley.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Relatoria JORM

1. Folios 5 al 8 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 187 al 198 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Artículo 34º.-***De la jornada ordinaria nocturna*. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

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

   No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo. [↑](#footnote-ref-3)
4. **“Artículo 36º.-**De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras…” [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver sentencias 5222-05, 5494-05 y 7854-05. M-P. doctora Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 1042 de 1978, “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación **de los empleos** de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-7)
8. **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [↑](#footnote-ref-8)
9. Taruffo Michelle, en su obra «La prueba de los hechos» Editorial Trotta S.A. , segunda edición 2005, página 480, definió los indicios como «… cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar» [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver manuela de funciones que reposa a folio 23 del cuaderno de prueba. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver manual de funciones que reposa a folio 24 del cuaderno de prueba. [↑](#footnote-ref-11)
12. Misión de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca: «Somos una empresa social del estado, que presta servicios integrales de salud de mediana complejidad, con recursos tecnológicos y un talento humano comprometido con la calidad, seguridad, innovación, y responsabilidad social, garantizando la satisfacción del usuario y su familia.», tomado de la página http://www.hospitalsanvicente.gov.co/index.php/explore/quienes-somos/mision-vision. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia C614 del 2 de septiembre de 2009. En ella la Corte Constitucional sostuvo que: “(…) En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales. [↑](#footnote-ref-13)
14. ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL. 1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. 2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. 3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver sentencia del 16 de agosto de 2012 proferida por esta corporación. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-16)