

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 6**

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

DEMANDANTE: JUAN DAVID VEGA PADILLA

**DEMANDADO: ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER
DE SABOYÁ Y MUNICIPIO DE SABOYÁ**

RADICACIÓN: 15001333301020150016901

En virtud del informe secretarial que antecede, procede la Sala a proferir decisión de segunda instancia, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, incoada por el señor JUAN DAVID VEGA PADILLA en contra de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ y el MUNICIPIO DE SABOYÁ.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda. En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que contempla el artículo 138 del CPACA., el señor JUAN DAVID VEGA PADILLA, instauró demanda con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) oficio de 18 de enero de 2014 suscrito por la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, mediante el cual, se negó al demandante el reconocimiento y pago de las horas extras de trabajo suplementario y prestaciones surgidas de las mismas por el servicio prestado por el demandante durante el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2013 y el 3 de septiembre de 2014; (ii) resolución No. 002 de 5 de enero de 2015 expedido por ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ mediante la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra el oficio de 18 de enero de 2014 y (iii) resolución No.22 del 23 de febrero de 2015, emitida por el ALCALDE MUNICIPAL DE SABOYÁ, mediante la cual se resolvió recurso de apelación contra la decisión de 18 de noviembre de 2014 confirmando la decisión recurrida.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada a cancelar al demandante todas las sumas correspondientes a los emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, como consecuencia de la prestación de trabajo suplementario prestado a la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DEL MUNICIPIO DE SABOYÁ, en lo que supera su jornada de trabajo de 8 horas diarias y 44 semanales, con efectividad a la fecha de causación de perjuicios, hasta cuando se revoquen los actos administrativos objeto de nulidad; así mismo, solicita el reajuste y pago de la totalidad de los salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales, causadas desde la fecha de vinculación, y que se vieran afectadas directamente como consecuencia de la inclusión de trabajo suplementario.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante adujo que fue vinculado como médico general de Servicio Social Obligatorio a la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER del municipio de Saboyá, mediante resolución 082 de 4 de septiembre de 2013, calenda en la que se posesionó en el cargo.

Al demandante nunca le fue dado a conocer el manual de funciones y competencias del empleo al cual fue vinculado, por lo que la prestación de sus servicios se supeditó a las órdenes emanadas de la gerencia de la ESE demandada.

Las funciones asignadas al demandante por parte de la gerente de la ESE demandada – atención de consulta externa, diagnóstico, seguimiento y control de la enfermedad a través de la historia clínica del paciente y control vigilancia de la historia clínica del paciente como documento reservado-fueron desempeñadas en el horario de lunes a viernes de 7 a.m. a 1 p.m. y de 2 p.m. a 4 p.m.

Adicionalmente, la gerente de la ESE exigió al demandante desde el momento de su vinculación, que asumiera la prestación del servicio médico ya citado en el párrafo anterior, mediante disponibilidades, es decir, turnos de servicio de atención médica, más allá del horario habitual; así, la disponibilidad de turno entre semana iniciaba a las 4 pm y terminaba a las 7 a.m. del día siguiente y la disponibilidad de turno en fines de semana, iniciaba a las 4 p.m. del día viernes y terminaba a las 7 p.m. de la mañana del día lunes.

El Salario básico del demandante como médico del SSO correspondió a la suma de \$2.280.000, la cual fue modificada para el año 2014 al monto de \$2.347.900

La exigencia de cumplir jornadas laborales de 24 horas por parte de la ESE demandada, no eran compensados ni en dinero ni en descanso al demandante, deteriorando gravemente su capacidad laboral.

En consecuencia, la jornada impuesta por la ESE demandada al demandante durante la vigencia de su servicio, fue superior a la jornada laboral ordinaria de ocho horas diarias y 44 semanales, llegando a realizar un promedio de 350 horas laborales al mes entre horas extras diurnas y nocturnas.

El demandante laboró al servicio de la ESE demandada hasta el día 3 de septiembre de 2014.

Mediante oficio de 18 de noviembre de 2014, la ESE demandada despachó de manera desfavorable la solicitud formulada por el demandante el 7 de noviembre de 2014, mediante la cual solicitó se le cancelara el trabajo suplementario y las demás prestaciones contenidas en la misma; mediante resolución No. 05 de 9 de enero de 2015, la ESE confirmó la decisión de 18 de noviembre de 2014.

Finalmente, el alcalde del municipio de Saboyá, mediante resolución 022 de 3 de febrero de 2015, resolvió recurso de apelación confirmando el oficio primigenio.(fls. 3-19)

1.2. La providencia apelada. Corresponde al fallo del 18 de diciembre del 2018, mediante el cual el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha decisión, el *a quo*, inicialmente, precisó que en el sub *júdice* no había lugar a declarar la caducidad del medio de control propuesta por el apoderado de la parte demandada en su escrito de alegatos, pues dicho término no se computa desde la desvinculación del demandante, sino desde la notificación de los actos administrativos demandados.

De otro lado, el juez de primera instancia precisó que la decisión contenida en la resolución No. 22 de 3 de febrero de 2015, emitida por el alcalde del municipio de Saboyá, mediante la cual se desató el "recurso de apelación" contra las decisiones emitidas por la ESE demandada, no puede conformar la vía gubernativa. Así las cosas, señaló que aun cuando la falta de competencia no fue invocada dentro del concepto de violación en la demanda, la misma puede ser declarada de oficio, pues en el *sub júdice*, se involucra la vulneración del

derecho fundamental al debido proceso, postura que estimó el a quo procedente invocar, en aplicación a lo decantado en la sentencia C.-197 de 1999 y a un pronunciamiento emitido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en un asunto con similares contornos al que se aborda en ésta oportunidad. A partir de lo anterior, preció que el alcalde se arrogó una competencia administrativa que no poseía para conocer dentro de la "vía gubernativa" la cesura dirigida contra las decisiones emitidas inicialmente por la ESE demandada. A partir de lo anterior, se resolvió en primera medida, declarar la nulidad de la Resolución 22 de 3 de febrero de 2015, proferida por el Alcalde del municipio de Saboyá por falta de competencia funcional.

Precisado lo anterior, el juez de primera instancia, procedió a desarrollar el marco normativo aplicable al caso, refiriéndose al Servicio Social obligatorio, a las Horas extras y al trabajo Suplementario, a las disponibilidades que deben cumplir los profesionales en el Servicio Social Obligatorio, e hizo relación a las pruebas obrantes en el informativo.

A partir de lo anterior, abordó el estudio del caso concreto, refiriéndose de manera previa a la tacha de los testimonios de los señores DANIEL ESTIVEN CAÑON RODRIGUEZ y LUZ MERY MARTINEZ GARCÍA, precisando respecto de la declaración del señor CAÑON RODRÍGUEZ, que la misma goza de total credibilidad, debido a que la misma reiteraba lo acreditado en el expediente respecto a los horarios laborales nocturnos que cumplía el demandante, afirmación que igualmente resulta aplicable respecto de la señora MARTINEZ GARCÍA, pues declaró sobre la prestación del servicio médico del señor VEGA PADILLA, hechos que también se encuentran ampliamente probados.

Posteriormente, el a quo señaló que se encontraba acreditado que el horario de trabajo del demandante- y del personal médico de la institución-, era de lunes a viernes de 7 a.m. a 1 p.m. y de 2 p.m. a 4 p.m., el cual era empleado para atender la prestación de los servicios de un primer nivel de atención en salud.

Luego, señaló encontrarse probado que la ESE ofrecía prestación de servicio con posterioridad al horario de trabajo ordinario y a partir de ello, señaló que varias de las pruebas documentales como testimoniales, daban cuenta de manera uniforme que el señor VEGA PADILLA, debía tener una "disponibilidad turno" que lo obligó a permanecer en el sitio de trabajo con autonomía limitada para abandonar la sede , probanzas que contrarestaban lo expresado por la exgerente y ex tesorera de la ESE demandada, quienes afirmaron que el demandante tan

sólo cubría la disponibilidad, dando a entender que tal disponibilidad no comportaba la obligación de quedarse en el puesto de salud, y quienes aun cuando expresaron que el cuarto con camas adecuado para el personal asistencial era un espacio de bienestar, sus declaraciones resultaron contradictorias respecto de si el demandante hacía o no uso de dicho cuarto y si eran usadas para la disponibilidad, afirmaciones que a juicio del *a quo* no merecen total credibilidad, pues su confrontación con los demás testimonios uniformes respecto al uso del mencionado cuarto para pasar la noche en disponibilidad, no era coincidente.

En consecuencia, concluyó que las disponibilidades laborales del demandante entre el 4 de septiembre de 2013 y el 3 de septiembre de 2014, no sólo eran habituales o recurrentes, sino que conllevaban a la restricción del uso del tiempo de descanso del empleado, obligando su presencia permanente en la ESE demandada; lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda.

Con todo, el *a quo* halló una dificultad para precisar con exactitud los turnos de semana y fines de semana que cumplió el demandante VEGA PADILLA en los turnos de disponibilidad; en consecuencia, señaló que al contrastar las declaraciones del personal médico, la enfermera, la persona que hacía la labor de aseo y los registros de atención, encontró que la frecuencia de turnos comprende en promedio 4 días entre semana dentro del mes (cuya jornada sería de 4pm a 7 am del día siguiente) y al menos un fin de semana cada mes (cuya jornada empieza a las 4 p.m. del día viernes y finaliza a las 7 a.m. del lunes o martes si hubo festivo y precisó que a esta misma conclusión se arribó en la sentencia ya citada proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Igualmente, precisó que, dentro de la liquidación de las prestaciones sociales del actor al momento de su desvinculación, no se incluyó ningún tipo de pago adicional ya fuera en dinero o a través de compensatorios (descanso) por el tiempo que laboró por fuera de la jornada habitual semanal de 40 horas.

A partir de lo anterior, el *a quo* declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la ESE demandada y a título de restablecimiento del derecho, dispuso reconocer y pagar el trabajo suplementario desempeñado por el demandante al servicio de dicha entidad, bajo los siguientes parámetros:

- Dado que el horario semanal establecido abarcaba 40 horas, los pagos que se efectúen compensarán del tiempo a liquidar el límite legal de 44 horas, sin que el trabajo para cubrir esas 4 horas, constituya trabajo suplementario.

- Las horas que deben pagarse se calculan con el recargo correspondiente si son diurnas, nocturnas, dominicales o festivos.
- Amén de la prohibición legal establecida en el artículo 36 del decreto 1042 de 1978, el límite mensual que puede sufragarse como hora extra es de 50 horas.
- Las jornadas complementarias a remunerar se calculan entre el 4 de septiembre de 2013 y el 3 de septiembre de 2014 a razón de 4 turnos el mes producidos en días entre semana, en horario comprendido entre las 4 p.m. y las 7 a.m. del día siguiente, jornadas a las cuales se aplicarán los recargos correspondientes (diurnos o nocturnos).
- Igualmente, se reconocerá y pagará trabajo suplementario por los fines de semana, de la siguiente manera (para esto efectos se calculará desde las 4 p.m. del viernes y concluirá a las 7 a.m. del día hábil siguiente, que será lunes o martes):

Para el mes de septiembre de 2013, el comprendido entre el 6 y el 9, y 27 a 30 de septiembre; octubre de 2013, el comprendido entre el 11 a 14; noviembre de 2013, el comprendido entre el 29 al 2 de diciembre; diciembre de 2013, el comprendido entre el 20 al 23; enero de 2014, los comprendidos entre el 3 al 6 y el 24 al 27; febrero de 2014, el comprendido entre el 14 al 17; marzo de 2014 entre el 7 al 10 y entre el 21 al 25; abril de 2014, los días comprendidos entre el 11 al 14; mayo de 2014 entre el 2 al 6 y entre el 23 al 26 de mayo; junio de 2014 entre el 20 al 24; julio de 2014 entre el 4 al 7 y entre el 25 al 28; agosto de 2014 entre el 22 al 25. Todo ello observando el límite máximo de 50 horas semanales.

Así mismo, dispuso que la suma resultante, sería aplicada en la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas por el demandante en cuanto para ello deba hacerse uso de horas extras como es el caso de las cesantías, ya que existen otras como la prima de vacaciones o la indemnización de vacaciones y la prima de navidad, que no las tienen en cuenta para su cómputo, como lo establecen los artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978. (fls. 230-256).

1.3. El recurso de apelación. Los apoderados judiciales del demandante y de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE DE SABOYA, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primer grado, en los siguientes términos:

1.3.1. ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ (fls.259-272). Dentro de su escrito de apelación, el apoderado de la entidad demandada, expuso los siguientes argumentos:

- En vista que se declaró, en la sentencia, la nulidad de la resolución No. 022 de 3 de febrero de 2015, proferida por el alcalde del municipio de Saboya por falta de competencia, la resolución No 5 del 9 de enero de 2015 emitida por su representada, es el documento idóneo para soportar los reclamos del galeno demandante. En consecuencia, atendiendo la fecha de expedición del mentado acto administrativo, la demanda debió presentarse a más tardar el 8 de agosto de 2015; no obstante, esta formulación sólo se hizo hasta el 15 de septiembre de 2015, calenda en la que se había superado el término de caducidad que aduce el recurrente en su alzada, razón por la cual solicita se declare de manera oficiosa la caducidad del medio de control en segunda instancia.

- Solicita se declare la nulidad de lo actuado, pues al estudiar el poder que otorgó el demandante al profesional del derecho que lo representó judicialmente en el presente asunto, el mismo se contrae a adelantar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto de la resolución No. 022 de 3 de abril de 2015, emanada del Despacho del alcalde municipal de Saboyá, cuando la demanda se dirige a atacar la legalidad de la resolución 022 de 3 de febrero de 2015.

- Debió dirigirse la demanda a la declaratoria de nulidad de la resolución 108 de 10 de octubre de 2014, la cual no liquidó horas extras al demandante – demanda que igualmente estaría caducada-, y no a la nulidad de los actos administrativos acusados.

- Contrario a lo señalado por el demandante, la disponibilidad no puede ser de 24 horas, pues abarcaría la jornada ordinaria de trabajo y sugiere que el demandante pudo diligenciar a su voluntad distintas horas de trabajo en las historias clínicas de pacientes, quizás con el objeto de ir pre configurando un posible trabajo suplementario y que muestra de ello, es lo ocurrido con la paciente CECILIA ROZO CASTILLO, quien de acuerdo a lo consignado en su historia clínica, fue atendida por el médico demandante cuando ella entro en labores de parto, el día 4 de mayo de 2014, pese a que conforme a la certificación emanada por la ESE, la entidad no se encuentra autorizada para prestar atención en este tipo de escenarios médicos y en ese sentido, el galeno demandante actuó de manera negligente, pues omitió remitir a la paciente a un centro de mayor nivel y a partir de lo anterior, cuestionó el hecho de que el demandante sólo hubiese allegado la historia clínica de la paciente que atendió en día domingo, pese a las tantas horas de trabajo.

- Pese a la edad del demandante, resulta increíble que aquel hubiese sido obligado por la Gerente de la ESE a realizar las disposiciones de turnos en los horarios que aduce; así mismo, el cuadro de turnos tomado como prueba por parte del juez de primera instancia para determinar la disponibilidad del galeno, fue elaborado por él mismo, por lo que no constituye un documento idóneo para acreditar tal circunstancia. Adicionalmente, las horas extras y trabajos suplementarios debían ser autorizados por la representante legal y la junta directiva de la institución, conforme al artículo 4 del decreto 1042 de 1978, normatividad que no cumplió el demandante y que no tuvo en cuenta el a quo; por lo que se colige que el demandante se quedaba dentro de la ESE en los horarios referidos por voluntad propia. Además, la ESE canceló al demandante todos los derechos salariales.

- Uno de los testigos – DANIEL ESTIVEN CAÑON- expuso que el demandante jugaba billar con él, circunstancia de la que se colige que el galeno permanecía disponible en la localidad o sede donde prestaba servicio el médico, pero no dentro del centro de salud las 24 horas y de contera, que tanto los hechos de la demanda como los testimonios rendidos a favor del actor "*se encuentran henchidos de falsas apreciaciones*", más aún cuando es obvio que en la ESE no hay mesas de billar, por lo que si alguna vez el atendió un llamado para consulta en horas de la noche, esto correspondería a la complementación de la jornada laboral que tenía que cumplir ordinariamente.

- Deben tenerse como prueba los testimonios de la señora la señora YARMARLENY RUIZ LAITON tesorera de la institución para la época, en que manifestó que en la ESE no existen turnos de 24 horas, que las disponibilidades eran organizadas por los mismos profesionales y luego las daban a conocer a la gerente, que había un cuarto en la ESE para actividades de descanso y que los profesionales poco a poco se fueron quedando allí sin autorización, que nunca existió un rubro de horas extras, que la ESE no atiende los días sábados domingos y festivos y lo que existía era una disponibilidad de profesionales, por lo que había una persona que trabajaba de noche y llamaba al profesional que se encontraba en disponibilidad en caso de urgencia.

- Así mismo, debe tenerse en cuenta la declaración de la señora OMAIRA PEÑA PEÑA, gerente de la entidad demandada al momento en que tuvieron lugar los hechos que se ventilan en el sub *júdice*, quien manifestó que los servicios que se prestan en la ESE son ambulatorios, ratificó el horario laboral para la parte asistencial, que los días sábados domingos y festivos no se laboraba en horario

y había disponibilidad de los profesionales para cubrir emergencias vitales de manera que el profesional que se encontraba en disponibilidad el día sábado, descansaba el viernes siguiente, que la disponibilidad no tenía turnos establecidos y que al usar los profesionales el cuarto de descanso, empezaron a pre configurar una permanencia en el mismo como si se tratara de una prestación de turnos, que la disponibilidad era conocida por el profesional y no era impuesta por la gerencia y que durante su gestión no autorizó horas extras.

-Se valoraron los testimonios traídos por el demandante, así: (i) el testimonio de DANIEL ESTIVEN CAÑON no es creíble pues el mismo no aduce tener seguridad de los horarios manejados por los médicos de la ESE y aun cuando fue tachado de sospechoso por ser cuñado del médico tratante, se tuvo en cuenta. (ii) El testimonio de la señora FAJARDO , quien al declarar que el demandante la atendió a las 4 de la tarde y luego la remitió con otro médico a las 5 p.m., permite determinar que después de las 4 de la tarde era otro galeno el que quedaba a cargo, porque ese es el turno establecido para la jornada de trabajo; así mismo, dio a entender con su declaración que el galeno no trabajaba en la noche; (iii) OSCAR EMILIO REYES en su declaración aunque no es claro si se ciñe a la verdad, permite colegir que las consultas van hasta el medio día y que no le consta que el médico trabaje en horas extras; (iv) CECILIA ROSA CASTILLO manifestó no constarle que el demandante trabajara horas extras, además, no sabe cuestiones técnicas ni definiciones sobre turnos, horas extras ni disponibilidades; (iv) JEIMY VIVIANA HERRERA, trabajadora de los servicios generales del a ESE, no aporta nada sobre los hechos del proceso; (v) CECILIA OSORIO, dice que el horario nocturno de la ESE era cada 20 días pero no diario y que el demandante nunca la atendió; (vi) EDELMIRA SUAREZ ÁVILA, expresó no estar segura de haber recibido atención del médico demandante, manifestó haber escuchado la cuña radial de prestación de servicios en la ESE durante 24 horas, pero afirmó que la ESE presta atención los sábados y domingos, cuando no era cierto; (vii) SONIA EMILCE SOTELO manifestó no saber nada sobre turnos; (viii) JULIA HERMINDA SANCHEZ ALFONSO no aporta mayor información, (ix) la declaración de JORGE ANDRÉS SÁNCHEZ, no conduce a probar si el demandante trabajó horas extras y complementarias, y no fue preciso respecto de los horarios atendidos por el galeno; (x) VIVIANA HERRERA no aporta mayor información para dilucidar el caso y (xi) la declaración de LUZ MERY MARTÍNEZ GARCÍA, fue tachada de sospechosa, en tanto el demandante fue testigo dentro del proceso que ella impetró contra la ESE por los mismos hechos invocados en el sub júdice; testigo que de acuerdo a lo informado por la gerente de la ESE en su proceso judicial, alteró el sistema informático del

computador a ella asignado para borrar información de la entidad y acostumbra a “amenazar” a sus empleadores con demandas si no cumplían su exigencias. Empero el a quo valoró este testimonio.

- No deben tenerse en cuenta las declaraciones de los médicos DIANA PATRICIA PEREZ RUGE y JORGE ANDRÉS SANCHEZ JIMENEZ, pues no ofrecen certeza sobre la existencia de autorizaciones expresas para laborar por turnos u horas

1.3.2. JUAN DAVID VEGA PADILLA (fls.273-279). Dentro de su escrito de apelación, el apoderado del demandante expuso los siguientes argumentos:

- Dado que el demandante, como médico del servicio social obligatorio, fungió como servidor público asimilado a empleado público, se debe aplicar a su favor el derecho al trabajo; en ese sentido, y conforme a las previsiones del artículo 36 del decreto 1042 de 1978, es evidente que la remuneración no depende exclusivamente de lo indicado en un límite específico sino en lo que determine la constitución y la ley, por lo que no se puede establecer la situación determinada en la sentencia - 50 horas a sufragar por horas extras como límite mensual y el cálculo de las jornadas complementaria a pagar entre el 4 de septiembre de 2013 y el 3 de septiembre de 2014, razón de 4 turnos al mes producidos en días entre semana en horario comprendido entre las 4 p.m. y las 7 a.m. del día siguiente y a las cuales se les aplicaran los recargos correspondientes- sólo con un elemento que incluso bajo la doctrina se encuentra en la interpretación normativa derogado tácitamente.

- El artículo 36 literal E, indica que *"Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superar dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo"*, y en ese sentido, lo lógico es que ese día de trabajo deba remunerarse económicamente y no limitarse el trabajo suplementario a un promedio de 50 horas mensuales.

- Se vulneraron los preceptos constitucionales relacionados con la primacía de la realidad sobre las formas y la relación de trabajo- cita pronunciamientos jurisprudenciales sobre el particular-, pues de lo probado en el proceso se encuentra que el demandante laboraba dos días por semana, cada uno por promedio de 24 horas los martes para amanecer el miércoles y el día jueves para amanecer el día viernes, dentro de las instalaciones de la entidad y que las autorizaciones eran de carácter verbal, lo que corresponde a trabajo

suplementario y debe ser compensado, lo que no ocurre en el presente caso. Así, a partir de lo expuesto, debe ordenarse la compensación total del trabajo suplementario y no limitarlo a una norma que presenta una derogatoria tácita.

1.4. Alegatos De Conclusión. Dentro del término conferido para el efecto, la entidad demandada presentó alegaciones, reafirmando en los argumentos expuestos en el recurso de alzada y adicionalmente, solicita se declare la nulidad de lo actuado en caso de no revocarse la decisión apelada "(...) *no se respetó el derecho fundamental al debido proceso pues se valoraron una pruebas inconducentes e inexistentes*" (fls.299-302). El apoderado de l parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes. (fl. 303).

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia:

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con fundamento en lo dispuesto en el art. 153 de la Ley 1437 de 2011¹, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2.2.- El problema jurídico

En esta segunda instancia, la Sala entrará a resolver, inicialmente, lo relacionado con la posible configuración de la caducidad del medio de control, atendiendo lo expuesto sobre el particular por el apoderado de la parte demandada en su escrito de apelación.

Posteriormente, y sólo en caso de resolverse de forma negativa el primer problema jurídico, la Sala determinará si el demandante, señor JUAN DAVID VEGA PADILLA, tiene o no derecho al reconocimiento y pago de horas extras por el tiempo que estuvo vinculado como médico del Servicio Social Obligatorio en la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER.

¹ **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Finalmente, de tenerse por probado el reconocimiento del derecho pretendido, en consideración a los reproches de la alzada glosados por el apoderado del demandante, la Sala determinará si la manera en que se dispuso a título de restablecimiento el pago de tal emolumento en el fallo apelado se ajusta o no a derecho.

2.3.- De la caducidad del presente medio de control

2.3.1. El apoderado de la ESE demandada, en su escrito de apelación, solicitó que en ésta instancia se declare la caducidad del medio de control de la referencia, en razón a que al ser la resolución No. 5 del 9 de enero de 2015 emitida por su poderdante, el acto administrativo con el cual se concluye el procedimiento administrativo, la oportunidad prevista en el C.P.A.C.A. para interponer la demanda debía computarse desde la calenda en que se emitió la mentada resolución y en ese sentido, se concluía que la presente demanda se había interpuesto extemporáneamente. Tesis que fue sustentada en la decisión adoptada en el fallo de primera instancia, que declaró la nulidad de la resolución 22 de 3 de febrero de 2015, expedida por el alcalde del municipio de Saboyá, por falta de competencia funcional.

Pues bien, a efectos de contextualizar la postura que adoptará la Sala sobre la tesis expuesta, es necesario precisar los siguientes aspectos probatorios:

(i) Mediante resolución No. 082 de 4 de septiembre de 2013, la gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, vinculó al señor JUAN DAVID VEGA PADILLA como médico del Sistema Social Obligatorio de dicha entidad desde el 4 de septiembre de 2013 habiendo prestado servicios hasta el 3 de septiembre de 2014; el demandante, tomó posesión del cargo en esa misma calenda de su nombramiento. (fls.18-21).

(ii) Mediante resolución No. 108 de 10 de octubre de 2014, la gerente de la ESE, resolvió liquidar las prestaciones sociales al médico DAVID VEGA PADILLA, quien había laborado como médico de SSO de la entidad hasta el 3 de septiembre de 2014. Así, en el acto administrativo, se pagaron sendas sumas por los siguientes conceptos: (i) prima de vacaciones; (ii) indemnización de vacaciones; (iii) prima de navidad; (iv) cesantías y (iv) intereses a las cesantías. (fl. 25). Esta decisión, fue notificada al señor VEGA PADILLA el 28 de octubre de 2014 (fl. 26).

- El demandante, por conducto de apoderado, presentó, el 7 de noviembre de 2014, derecho de petición dirigido a la ESE, solicitando a su favor, se emitiera acto administrativo de reconocimiento y pago de las "horas extras, trabajos suplementarios y demás prestaciones" causadas con ocasión del servicio que prestó a la entidad. Así mismo, solicitó la indexación de las sumas que resultaren adeudadas y los intereses comerciales y moratorios si a ello hubiere lugar. (fls. 32-35).

- Mediante oficio de 18 de noviembre de 2014, la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, dio respuesta a la solicitud impetrada por el médico VEGA PADILLA, indicando que no era posible acceder a las peticiones allí solicitadas, en consideración a que no había prueba que acreditara lo solicitado. Así mismo, señaló que la solicitud de las "demás prestaciones" era indefinida por lo que no era factible acceder a la misma y que no era posible reconocer lo pretendido desde la presentación de la petición, pues dejó de trabajar en la entidad a partir del 3 de septiembre de 2014. (fls. 37-39). Este acto administrativo fue notificado al apoderado del demandante el 3 de diciembre de 2014. (fl. 40).

- El apoderado del señor VEGA PADILLA, radicó el 18 de diciembre de 2014, recurso de reposición **y en subsidio apelación** en contra del oficio de 18 de noviembre de 2014 (fls. 41-45).

- Mediante resolución No. 2 de 3 de febrero de 2015 la gerente de la ESE resolvió NO reponer el oficio de 18 de noviembre de 2014. Así mismo, dispuso conceder el recurso de apelación, para que fuera surtido por el alcalde del municipio de Saboyá (fls. 75-83). Dentro del expediente NO reposa constancia de notificación del mencionado acto administrativo; tampoco reposa constancia del envío de la citación al interesado o de la notificación por aviso.

- Finalmente, mediante resolución No. 22 de 3 de febrero de 2015, el alcalde del municipio de Saboyá resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado, por el señor JUAN DAVID VEGA PADILLA (fls. 68-70) Esta decisión fue notificada al apoderado del demandante el 15 de abril de 2015. (fl.71).

2.3.2.- Preciado lo anterior, lo primero que resalta la Sala es que el apoderado de la parte demandada, tan sólo hubiese formulado la excepción de caducidad del medio de control de la referencia, al momento de apelar la decisión de primer grado.

Y es que causa extrañeza a la Sala, que el cargo que dio lugar a declarar la nulidad de la resolución No. 22 de 3 de febrero de 2015, presentado de oficio por parte del juez de primera instancia – falta de competencia funcional-, y que sirve como fundamento para alegar la caducidad deprecada, NO hubiese sido alegado por el representante judicial de la ESE demandada, en ninguno de los escenarios procesales previsto en el C.P.A.C.A. para atacar la oportunidad en que se presentó el libelo – vg. interponiendo recurso de reposición del auto admisorio, o como excepción previa-, lo que denota falencias por parte de los profesionales del derecho que asumieron la representación judicial de la ESE.

2.3.3. Ahora bien, cabe señalar que de conformidad con las previsiones del inciso segundo del artículo 187 del C.P.A.C.A. el juez de segunda instancia, puede resolver y declarar probados de oficio los medios exceptivos, aun cuando los mismos no hayan sido formulados o ventilados dentro del trámite de primera instancia; lo anterior, en los siguientes términos:

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

Con todo, a juicio de la Sala, en el presente caso no operó el fenómeno de la caducidad del medio de control, en razón a lo siguiente:

2.3.3.1.- En primera medida, se memora que los actos administrativos que versen sobre temas de carácter particular y concreto podrán ser objeto del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, tal como lo expresa el artículo 138 del C.P.A.C.A.².

Por tal razón, toda persona que considere que ha sido lesionada por una decisión expresada por la Administración por medio de un acto administrativo que cree una

² **ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

situación jurídica particular, podrá acceder a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de que sea reestablecido los derechos que consideró vulnerados y así mismo, ocasionar la nulidad de los actos administrativos de carácter particular expedidos por la administración.

Recordemos que los actos administrativos definitivos, son aquellos que se caracterizan por decidir directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la actuación administrativa, conforme a las previsiones del artículo 43 del C.P.A.C.A.³. y son estos pronunciamientos de la administración, los que por regla general son pasibles de control judicial, tal y como lo ha definido la jurisprudencia de manera pacífica y reiterada²:

2.3.3.2.- Así mismo, se tiene que de acuerdo a las previsiones del artículo 87 del C.P.A.C.A., precepto incluido dentro del Capítulo VIII, relativo a la conclusión del procedimiento administrativo, los actos administrativos quedarán en firme desde el día siguiente a "(...) *la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.* - Numeral 2-; y a su turno, el artículo 88 *ejusdem*, consagra que (...) *Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*".

2.3.3.3.- De otro lado, debe resaltarse que de conformidad con las previsiones del artículo 74 de la ley 1437 de 2011, los actos administrativos definitivos, por regla general, son pasibles de los recursos de reposición y apelación; empero, el precepto citado, consagra que no habrá apelación, entre otras, **respecto de las decisiones emitidas por los representantes legales de las entidades descentralizadas.**

Siendo ello así, se precia que la ley 100 de 1993, consagra en su artículo 194 que las empresas sociales del Estado "**(...) constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso (...)**" Resalta la Sala.

2.3.3.4.- En ese orden de ideas, tomando en consideración que la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYA, corresponde a una Empresa Social

³ Ver, por ejemplo, Consejo de Estado. Sección Cuarta. Auto del 15 de mayo de 2014. C.P. Hugo Fernando Bastidas Cárdenas. Radicación No. 20001-23-33-000-2013-00005-01

del Estado descentralizada por servicios del orden municipal⁴, era claro que el recurso de apelación dirigido al alcalde del municipio de Saboyá se tornaba **improcedente**, en los términos del artículo 74 del C.P.A.C.A. ya citado.

Empero, el alcalde del MUNICIPIO DE SABOYÁ, omitiendo lo anterior, procedió, mediante resolución 022 de de 3 de febrero de 2015, a resolver de fondo el recurso impetrado contra el oficio de 14 de noviembre de 2018 emitido por parte de la ESE demandada, señalando inclusive y de -manera contradictoria- que dicha autoridad fungía como superior jerárquico de la ESE, en razón a la naturaleza propia de entidad descentralizada del centro de salud (fl.67 vlto). Así, al leer el acto administrativo en comento se advierte que el alcalde, fungiendo como superior jerárquico de la ESE demandada, resolvió de fondo el recurso impetrado por el demandante, argumentando principalmente la ausencia de pruebas que demostraran el derecho reclamado por el demandante.

Entonces, la alcaldía municipal de Saboyá al emitir el acto administrativo mencionado claramente indujo a error al demandante (i) al incluir dentro del agotamiento del procedimiento administrativo, una decisión a todas luces improcedente y (ii) al resolver de fondo la solicitud del demandante, obteniendo así la entidad de acto administrativo definitivo pasible de control judicial, pues resolvió – de manera desfavorable en este caso- su situación jurídica, arrogándose una competencia funcional que no le corresponde.

De manera que la resolución citada corresponde a un acto administrativo definitivo en los términos del artículo 43 de la ley 1437 de 2011 y, en consecuencia, aun cuando el alcalde no tenía competencia funcional para emitir dicho pronunciamiento en sede de apelación, lo cierto es que en el *sub júdice* se invocó la nulidad del acto administrativo en mención, incluyéndolo como integrante del procedimiento administrativo -otrotra vía gubernativa- exigido para acudir a esta jurisdicción.

En ese sentido, como quiera que la falta de competencia funcional de quien expidió el acto administrativo de marras, podía ventilarse como cargo anulatorio en este escenario judicial, debe admitirse entonces que la caducidad del medio de control invocado se hubiese computado por la parte demandante a partir de la notificación de la resolución 022 de 3 de febrero de 2015, decisión que concluyó el procedimiento invocado por dicho extremo procesal en sede administrativa.

⁴ Al respecto, ver folios 109 y 119 de las diligencias, en las que se hace mención a la naturaleza de la ESE demandada.

Así las cosas, resultaría trasgresor del acceso a la administración de justicia como elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía constitucional de la doble instancia, invocar la caducidad del medio de control a partir de la declaratoria de nulidad de la resolución 022 de 3 de febrero de 2015, que el juez de primera instancia resolvió, por falta de competencia funcional-decisión que comparte la Sala de decisión conforme a lo expuesto en este acápite de la providencia-, cuando se itera, el acto administrativo que concluyó el proceso administrativo fue incluido dentro de la Litis como un acto administrativo definitivo que gozaba de presunción de legalidad al momento en que se acudió por el demandante ante ésta jurisdicción, debido a un error inducido por la administración.

2.3.3.5.- Y es que, cabe precisar que la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, al emitir la Resolución No.05 de 9 de enero de 2015- mediante la cual resolvió de manera desfavorable la reposición-, NO objetó la improcedencia del recurso de apelación interpuesto; contrario *sensu*, en la parte resolutive concedió el recurso de apelación interpuesto, en los términos citados en líneas anteriores de esta providencia, induciendo igualmente a error al demandante.

Lo anterior, no es un tema menor de cara a la resolución del debate planteado precisamente por el apoderado de la ESE en el escrito de apelación, pues el Consejo de Estado ha decantado la improcedencia de tomar como referente la calenda en que se notificó el acto administrativo que se pronuncia sobre la improcedencia o extemporaneidad del recurso, para hacer el cómputo de la caducidad del medio de control; lo anterior, en los siguientes términos⁵:

"(...)los términos de caducidad son de orden público y, en consecuencia, su cumplimiento debe verificarse en las condiciones fijadas por la ley, Si se admitiera que la interposición irregular de un recurso en la vía gubernativa produjera el efecto de contar el término de caducidad a partir de la notificación del acto que se pronuncie sobre ese recurso improcedente o extemporáneo, la caducidad quedaría librada a la voluntad del particular, quien, en esas condiciones, podría interponer a sabiendas, un recurso improcedente con el único propósito de habilitar nuevamente la posibilidad de acudir a la acción judicial, a pesar de haber transcurrido ya el término de caducidad.

"En consecuencia, solamente cuando el recurso en la vía gubernativa ha sido presentado en tiempo y con el lleno de los demás requisitos contemplados en la ley, el término de caducidad de la acción comenzará a contar al día siguiente a aquel en que se notifique el acto por medio del cual se resuelve el recurso"

⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia de 3 de abril de 2014, expediente 2500232700020100004101. C.P. Hugo Fernando Batidas Bárcenas.

En este caso, se precisa que la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, en vez de invocar la improcedencia del recurso procedió a su concesión, y acompasado a dicha determinación, la alcaldía de Saboyá resolvió de fondo el recurso impetrado como ya se indicó en párrafos anteriores. En ese sentido, si alguna de las entidades que conforman el extremo Litis demandado en el presente asunto, hubiesen declarado la improcedencia del recurso de apelación impetrado, se hubiera establecido que el término de caducidad para impetrar el presente medio de control debía computarse a partir del día siguiente a la notificación de la resolución 05 de 9 de enero de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición en contra del oficio de 18 de noviembre de 2014.

Con todo, y ante la resolución de fondo del recurso de apelación por parte del MUNICIPIO DE SABOYÁ, queda concluir que dicho acto administrativo adquirió firmeza al momento en que se notificó del mismo al demandante.

2.3.3.6.-Finalmente, tampoco se avizora que el profesional del derecho que representó al señor VEGA PADILLA en sede administrativa, hubiese formulado el recurso de apelación que dio lugar a la emisión de la resolución 022 de 3 de febrero de 2015, con la intención o el propósito de maniobrar una eventual configuración de la caducidad del medio de control para acudir ante esta jurisdicción. Esto, por cuanto el recurso de apelación fue interpuesto de manera subsidiaria al de reposición, es decir, lo interpuso con antelación a la calenda en la que se expidió por parte de la ESE, la decisión que dispuso no reponer el oficio de 18 de noviembre de 2014.

2.3.3.7.- Por lo demás, cabe iterar lo ya decantado en el trámite de primera instancia, respecto a que la presente demanda fue presentada oportunamente, en tanto la resolución 022 de 3 de febrero de 2015 fue notificada el 15 de abril de 2015 y se presentó solicitud de conciliación prejudicial el 12 de agosto de 2015 (fl. 59) que suspendió el término de caducidad, por lo que el demandante contaba con 4 días para presentar la demanda una vez se reanudaran los términos de caducidad; así como quiera que el acta de conciliación prejudicial se suscribió el 22 de septiembre de 2015, y la demanda se radicó el 25 de septiembre de 2015 (fl. 61), se colige que se acudió ante esta jurisdicción en término.

2.4. De la Solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ.

2.4.1.- De otra parte, el apoderado de la ESE demandada, invocó dentro de su escrito de apelación se proceda a declarar la nulidad de lo actuado en consideración a que el poder que otorgó el demandante al profesional del derecho que lo representó judicialmente en el presente asunto, se otorgó para adelantar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la resolución No. 022 de 3 de abril de 2015, emanada del Despacho del Alcalde municipal de Saboyá, cuando la demanda se dirige a atacar la legalidad de la resolución 022 de 3 de febrero de 2015.

Pues bien, sobre el particular, la Sala indicará de entrada que despachará de manera desfavorable el aludido pedimento, pues cabe resaltar que conforme a las prescripciones del artículo 207 del C.P.A.C.A. el juez, agotada cada etapa del proceso, ejercerá control de legalidad para sanear los vicios que acaranean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no pueden invocarse en otras etapas del proceso y en este caso, la Sala no advierte que el apoderado de la parte demandante hubiese alegado de manera previa a la audiencia inicial, una eventual configuración de nulidad por indebida representación, argumento fáctico que valga señalar, no tuvo lugar en ésta segunda instancia.

En todo caso, la Sala coincide con lo expuesto por el juez de primera instancia sobre el particular, en el entendido que un error de digitación en la calenda del expedición del acto administrativo acusado, de manera alguna puede conllevar a una carencia de poder, más aun, cuando dentro del libelo y durante el curso del proceso, - incluso en las actuaciones procesales desplegadas por la ESE-, se identificó con claridad que se pretendía la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 22 de 3 de febrero de 2015 emitido por el Alcalde del Municipio de Saboyá. Por lo que la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal como principio integrador de las actuaciones judiciales, erige como respaldo a la negativa de la nulidad procesal deprecada.

2.4.2.- Así mismo, se precisa que la solicitud de nulidad procesal formulada en el escrito de alegatos, tampoco puede ventilarse en este escenario procesal, pues la misma NO se fundamenta en hechos que hubiesen ocurrido dentro del trámite de la segunda instancia, sino que se basa en la indebida interpretación probatoria por parte del juez de primera instancia, argumento que claramente, tiene relación con los móviles glosados en el recurso de apelación impetrado.

- Precisados los aspectos previos, la Sala abordará el estudio de fondo del asunto, en los siguientes términos:

2.5.- Del Servicio Social Obligatorio y la norma aplicable al demandante para el reconocimiento de las horas extras.

2.5.1.- Inicialmente, la ley 50 de 1981 consagró el servicio social obligatorio, el cual debe prestarse en el territorio nacional durante un año, por todas las personas de formación tecnológica o universitaria y con posterioridad a la obtención del respectivo título. (Artículos 1 y 2).

Así mismo y como aspecto relevante de la Litis planteada en esta instancia, debe señalarse que **el régimen legal fijado para el personal que presta servicio social obligatorio, es el que rija al personal de las entidades a las cuales se vinculen**, premisa que se encuentra consagrada en el Artículo 6 de la ley 50 de 1981.

Cabe resaltar en este punto, que el artículo 6 del Decreto 2396 de 1981 *"Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio en el área de la Salud"*, prescribe entre otras determinaciones, que los profesionales egresados del programa de medicina deben cumplir el servicio social obligatorio.

Acompasado a lo anterior, la Resolución 00795 de 22 de marzo de 1995 *"Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la prestación del Servicio Social obligatorio"* prescribe en su artículo 1-7 que *"[l]a vinculación de los profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta en las Instituciones en las cuales presten sus servicios"*; así mismo, consagra en su artículo 1-8 que *"[e]l profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc."* (Numeral 8 del artículo 1º) y en el artículo 10, prevé que *"[l]as 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"*. Finalmente, se resalta que el artículo 12 de la resolución en cita, reitera lo previsto en el artículo 6 de la ley 50 de 1981, respecto de la sujeción del personal que preste servicio social obligatorio, a las disposiciones vigentes que rijan en materia de personal, salarios y prestaciones sociales a las entidades donde presten dicho servicio.

Finalmente, y en consonancia con lo decantado en precedencia, la ley 1164 de 1997 *"Por la cual se dictan disposiciones en materia de talento humano en Salud"*, prevé en el párrafo del artículo 33, respecto del Servicio Social Obligatorio de los egresados de los programas de educación superior del área de la Salud, que *"[l]a 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"*.

2.5.2.-Tomando en consideración lo anteriormente expuesto -esto es, la correspondencia del régimen salarial y prestacional de quien presta Servicio Social Obligatorio con el personal vinculado a un cargo equivalente dentro de la institución en la que es nombrado -, la Sala determinará cual es el régimen salarial y prestacional aplicable al personal médico de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, tomando en consideración que, tal y como se aclaró en acápites anteriores de ésta providencia, el demandante, señor JUAN DAVID VEGA PADILLA, se vinculó laboralmente con la demandada en su condición de médico.

Pues bien, se tiene que el Decreto 1042 de 1978⁶, inicialmente rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; sin embargo, el artículo 2 de la ley 27 de 1992 extendió las disposiciones previstas en el aludido decreto, y en los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. a los servidores de las entidades territoriales.

Esta extensión, fue reiterada en el artículo 87 de la ley 443 de 1998 – consagrando que la normativa mencionada *"(...) se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente ley"*, dentro de los que se encuentran los empleados de la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y sus entidades descentralizadas.

Cabe señalar que la ley 909 de 2004⁷ - que derogó la ley 443 de 1998- consagra en su artículo 3 literal c) que los preceptos allí consagrados son aplicables a *"los*

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"*.

⁷ *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*

empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados”

En ese sentido, tal y como se ventiló en acápite anteriores de esta providencia, la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, es una entidad descentralizada del orden municipal, lo que da lugar a señalar que en el *sub júdice* se aplicarían los presupuestos que sobre jornada laboral se encuentran consagrados en la ley 909 de 2004.

2.5.3. Ahora bien, en lo que respecta a la jornada laboral, el artículo 22 de la ley 909 de 2004 prescribe lo siguiente:

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

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

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

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

Así las cosas, como quiera que el precepto citado remite al decreto 1042 de 1978, es dable concluir que dicha norma es la aplicable en relación con la jornada laboral del demandante.

2.6. De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

2.6.1. El artículo 33 de la ley 1042 de 1978, prevé como regla general, que la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales; empero, el aludido precepto consagra la existencia de una jornada especial de doce (12) horas diarias, sin exceder el límite de sesenta y seis (66) horas semanales, respecto de los empleos cuyas funciones “(...) implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia”.

Así mismo, el inciso segundo de la disposición citada, consagra que *“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.”*

Y Finalmente, el inciso tercero del artículo 33 *ídem*, dispone que en principio la jornada laborada en días sábados no da lugar al reconocimiento de remuneración adicional *“(…) salvo cuando exceda la jornada máxima laboral”*, caso en el cual se acudirá a lo previsto para las horas extras.

2.6.2. En tratándose de horas extras, los artículos 36 y 37 del decreto 1042 de 1978, consagra su regulación, en los siguientes términos:

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

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

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

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

c) *El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.*

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

d) *En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.*

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

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

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

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

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

Así mismo, el artículo 39, al regular el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, prevé la prestación del servicio por el sistema de turnos, cuando los empleados públicos por la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los domingos y festivos, caso en el que tienen 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"

Cabe precisar que el artículo 13 del Decreto 10 de 1989, modificó respectivamente los literales a) y d) del artículo 36 citado, señalando que (i) El empleo deberá pertenecer al Nivel Operativo, hasta el grado 17 del Nivel Administrativo y hasta el grado 09 del Nivel Técnico y (ii) en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado, en providencia reciente cuya Litis se contrae al reconocimiento de horas extras para el personal médico del servicio social obligatorio⁸, aplicó para resolver el caso, los siguientes parámetros decantados por la Corporación respecto al reconocimiento de la aludida prestación para empleados públicos del orden territorial:

"a) El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 09 del nivel técnico.

b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o del 75 % sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 18 de julio de 2019, expediente 13001-23-31-000-2001-01794-01 (1701-13) C.P. César Palomino Cortés.

d) *En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.*

e) *Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo⁹.*

Precisa la Sala que los criterios de reconocimiento de las horas extras previamente decantados, son los que aplicará en el *sub júdice*¹⁰.

2.7. Solución al Caso concreto

2.7.1. Pues bien, en orden a resolver el asunto que concita la atención de la Sala, lo primero que se memora es que en el *sub júdice*, tanto la parte demandante como la entidad demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primer grado.

En ese sentido, la Sala inicialmente, abordará lo atinente a si se debe o no proceder al reconocimiento de las horas extras conforme al recurso formulado por la ESE demandada y sólo de resolverse afirmativamente este planteamiento, se procederá a decantar los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora en su recurso de alzada.

Así, a partir del marco jurídico aplicable al caso y adicional a las ya enunciadas en el acápite de caducidad del medio de control, la Sala encuentra como pruebas relevantes, lo siguiente:

- Tal y como se decantó al momento de abordar el estudio de la caducidad del medio de control, se tiene que mediante resolución No. 082 de 4 de septiembre de 2013, la gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ, vinculó al señor JUAN DAVID VEGA PADILLA, como médico del Sistema Social Obligatorio de dicha entidad desde el 4 de septiembre de 2013 habiendo prestado sus servicios hasta el 3 de septiembre de 2014 (fls.18-21). En consonancia con lo anterior, de acuerdo a certificado expedido por la gerente de la ESE demandada de fecha 5 de abril de 2017, el demandante estuvo vinculado en

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, sentencia del 6 de julio de 2006, proceso con radicado 15001-23-31-000-2000-03000-01 (4741-05)

¹⁰ Se precisa que el Consejo de Estado ha emitido pronunciamientos en donde aplica los criterios fijados en el artículo 36 del decreto 1042 de 1978, para negar el reconocimiento de las horas extras a personal médico del servicio Social obligatorio. Tal es el caso de la sentencia de 7 de septiembre de 2018, proferida por la Sección Segunda, Sub Sección B de la Corporación – expediente 2500023250002010-00094-01 (4089-14) C.P. Carmelo Perdomo Cueter, en la que se denegar las súplicas de la demanda en razón a que la demandante se encontraba vinculada al nivel profesional de la ESE demandada. Así mismo, en sentencia de 18 de julio de 2019 por la Sub Sección B- Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Cesar Palomino Cortes, expediente 13001-23-31-000-2001-01794-01 (1701-13) se negó el reconocimiento de horas extras a un profesional médico del Servicio Social Obligatorio, por no cumplirse con los parámetros fijados en los literales a) y d) del artículo 36 del decreto 1042 de 1978.

el cargo de médico de Servicio Social obligatorio, por un periodo de un año, comprendido desde el 4 de septiembre del año 2013 al 3 de septiembre del año 2014. (fls. 262 cuaderno de pruebas 1).

- Cabe resaltar que dentro del manual de Funciones y Competencias Laborales se encuentra en el nivel profesional el cargo de médico del Servicio Social Obligatorio, señalando dentro de sus funciones que "*Debía prestar la disponibilidad cuando se disponga por necesidad de servicio*" (fl. 310 cuaderno de pruebas 1)

- Conforme a certificado expedido por la TESORERA de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER de Saboyá, el médico JUAN DAVID VEGA PADILLA percibió durante su vinculación pagos por concepto de salarios, primas de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, e indemnización de vacaciones. (fl. 127 cuaderno principal).

- Conforme a certificado expedido por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER de Saboyá, expedida el 1 de agosto de 2017, mediante resolución No. 190 de 16 de diciembre de 2019 se instituyó la jornada laboral para la ESE, en el cual se estableció como horario de trabajo para los servidores públicos (asistencial y administrativo) el comprendido de lunes a viernes, de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 pm a 4:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00 m. (fl. 2 cuaderno de pruebas 2).

- En certificado suscrito por la gerente de la ESE demandada, de fecha 21 de octubre de 2016, se indica que revisado el archivo que reposa en la institución, no se evidencia orden escrita mediante el cual se obligue al médico VEGA PADILLA a laborar por fuera de la jornada laboral establecido en la institución (fl. 127 cuaderno principal); así mismo, la gerente de la ESE en certificado de la fecha ya enunciada, puso en conocimiento que no se encuentra soporte de pago por presentar servicio de disponibilidad al demandante (fl. 128 cuaderno principal).

- En el expediente reposa reporte del software manejado por la ESE en el que se registra la fecha y hora de las consultas asignadas al médico JUAN DAVID VEGA PADILLA. (fls. 3-48 cuaderno de pruebas 2), precisando que varias de las consultas allí registradas, fueron atendidas por el médico en mención, por fuera del horario de trabajo fijado para el personal asistencial de la institución establecido en la ESE.; así mismo, se allegó reporte del software, respecto del

total de las atenciones facturadas y agendadas por el médico aquí demandante (fls. 49 -97 cuaderno de pruebas 2).

- Obra en el informativo el libro de radicación de ingreso de pacientes en horario diurno y nocturno (fls. 31-59 cuaderno de pruebas 1); así como copia de la bitácora de ambulancia del 4 de septiembre de 2013 al 3 de septiembre de 2014 (fls. 60-233 cuaderno de pruebas 1), en varios de los cuales se registra el nombre del médico JUAN DAVID VEGA PADILLA como médico de turno.

- Así mismo, se allegó como prueba el listado de los pacientes atendidos por el médico VEGA PADILLA durante su vinculación a la ESE demandada (fls. 233-261 cuaderno de pruebas 1)

2.7.2. Precisado lo anterior, y retomando el estudio de fondo del caso concreto, lo primero que precisa la Sala es que en efecto, de acuerdo al marco normativo decantado con antelación, el personal médico que presta Servicio Social Obligatorio, tiene derecho al reconocimiento de las horas extras o trabajo suplementario; resaltándose en todo caso, que los requisitos que deben acreditarse para tal reconocimiento, corresponden a los fijados en el decreto 1042 de 1978, precepto que como y se indicó es aplicable a los empleados públicos del orden municipal.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra en primer lugar que el señor JUAN DAVID VEGA PADILLA, NO cumple con el presupuesto previsto en el literal a) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, de pertenecer al nivel operativo o administrativo de la planta de personal de la ESE SAN VICENTE FERRER, pues su vinculación como médico, de entrada permite colegir que hace parte del nivel profesional de la institución, lo cual se corrobora con el manual de funciones de la entidad demandada allegado al expediente, en el que se consigna que el profesional del servicio social obligatorio (Médico) se encuentra en el nivel profesional. (fl. 318 cuaderno de pruebas 1).

Adicionalmente, cabe señalar que tampoco reposa en el informativo algún elemento de convicción del cual se pueda determinar que la Gerente de la ESE hubiese autorizado al médico VEGA PADILLA la realización de los turnos laborados por el demandante en horarios adicionales a los fijados en la institución.

En este punto, la Sala precisa que el estudio de los criterios de disponibilidad abordados por el juez de primera instancia a partir de la prueba testimonial decretada y practicada, sería pertinente en orden a determinar los turnos laborados por el demandante y así establecer las pautas y el alcance del reconocimiento prestacional pretendido; sin embargo, para abordar el análisis en punto de la disponibilidad, es necesario que se acredite por parte del interesado, el cumplimiento de los requisitos mínimos previstos en la ley aplicable al caso y avalados por el Consejo de Estado- inclusive en casos con contornos similares al que se estudia-, para el reconocimiento de las horas extras pretendidas, lo cual, como quedó visto, no se acredita en el *sub judice*.

En otras palabras, la disponibilidad de turnos característica de los empleos como el ejercido por el demandante¹¹ y su estudio orientado a determinar si la misma corresponde o no a trabajo suplementario – conforme lo hizo el juez de primera instancia-, no implica soslayar la verificación de los elementos legalmente establecidos para el reconocimiento de las horas extras. Y en ese sentido, como quiera que dentro del presente asunto no se acreditan dos de los presupuestos previstos en el decreto 1042 de 1978 para el reconocimiento de las horas extras, no sería necesario abordar el estudio de la disponibilidad de los turnos del médico VEGA PADILLA durante su vinculación como médico del Servicio Social Obligatorio en la ESE SAN VICENTE FERRER de Saboyá.

Lo expuesto en precedencia, resulta suficiente para revocar la providencia recurrida, precisando en todo caso que los argumentos de los recursos de apelación orientados a los turnos de disponibilidad del demandante y la manera en cómo debe liquidarse la prestación, no se abordarán por esta instancia, de acuerdo a lo ya señalado.

2.3.5. Costas

La Sala condenará en costas en esta segunda instancia a la parte recurrente (demandante), por ser la parte vencida en el proceso¹², y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8 del artículo 365 del C.G.P., las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia en la forma indicada por el artículo 366 *ibidem*.

¹¹ Al respecto, ver concepto 1254 de 9 de marzo de 2000, de la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹² Artículo 365 del C.G.P. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia. En su lugar se dispone **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante por ser la parte vencida en el proceso y por encontrarse causadas, de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del Artículo 365 del C.G.P.

TERCERO.- Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría **ENVÍESE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

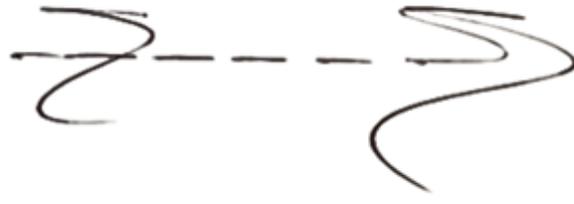
Los Magistrados:



FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS



LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA



FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA

HOJA DE FIRMAS

*MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN DAVID VEGA PADILLA
DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN VICENTE FERRER DE SABOYÁ
RADICADO: 150013333010201500169-01*