

PERSONAL ASISTENCIAL DE SERVICIOS DE SALUD – Puede desempeñar más de un empleo en entidades públicas. Excepción . Doble vinculación / CARGO EN PROVISIONALIDAD Y ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS DE PERSONAL ASISTENCIAL DEL SERVICIO DE SALUD – No se deriva de la orden de prestación de servicios una relación de trabajo que obligue al pago de salarios y prestaciones

Encuentra la Sala que la ley 269 de 1996 en su artículo segundo titulado “*garantía de la prestación del servicio público de salud*” estableció en su primer inciso que, debido a que el Estado debe garantizar la prestación del servicio de salud de manera permanente, “*el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público*”. Así, el sentido del artículo es explicar que en virtud de la necesidad de garantizar el servicio de salud, el Estado puede acudir a la posibilidad de permitir el desempeño de más de un empleo en entidades de derecho público en el caso de personal asistencial que preste directamente el servicio de salud. La interpretación del texto completo del artículo lleva a concluir que el inciso segundo establece una excepción a la prohibición constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta Política de tener más de un empleo en entidades de derecho público. Se encuentra que el actor gozaba del beneficio de que trata la ley en comento, pues se desempeñó en propiedad como médico general del Hospital y por órdenes de prestación de servicios como médico general con funciones de anesestiólogo mediante la figura de la disponibilidad de carácter no presencial, es decir, para acudir sólo por llamado, con el objeto de atender urgencias de anestesia, lo que no implica que esta vinculación constituya un trabajo suplementario que genere derechos prestacionales. Así entonces, las órdenes de prestación de servicio no generan una relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de derechos salariales y prestacionales.

FUENTE FORMAL: LEY 269 DE 1996 – ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 68001-23-15-000-2000-02516-01(1707-08)

Actor: ALEJANDRO JAIME NOVA RODRIGUEZ

Demandado: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS

APELACIÓN SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 28 de marzo de 2008, en el proceso instaurado contra la E.S.E Hospital San Juan de Dios del Socorro.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, instauró demanda contra el Hospital San Juan de Dios del Socorro a fin de que se declare la nulidad del Oficio No.HG-117-00 de marzo 28 de 2000, expedido por el Gerente de la entidad, en el que da respuesta negativa a los derechos de petición elevados.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene al Hospital al reconocimiento y pago con retroactividad a los últimos tres años de servicio, de la diferencia salarial y de prima técnica, por efecto del principio de igualdad y en relación con su homólogo Javier Ernesto Sandoval Cadena, por cumplir en condiciones iguales de trabajo y eficiencia, el mismo trabajo profesional desempeñado por él.

Que se cancelen como horas extras o trabajo suplementario, cuatro horas adicionales a la jornada laboral preestablecida y con retroactividad a la fecha en la cual le fueron asignadas, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor.

Que se condene al pago de \$8.884.803 por concepto de diferencias salariales; \$12.604.800 que corresponden al mayor valor de las horas adicionales laboradas y \$17.869.598 por concepto de prima técnica.

Como fundamento de las pretensiones, el demandante afirma que se vinculó como Médico Especialista – Anestesiólogo al Hospital San Juan de Dios del Municipio del Socorro (Santander) el 1° de agosto de 1980.

Refiere que con anterioridad al 1° de enero de 1997 se le reconocían y pagaban 4 horas adicionales diarias por haber laborado bajo la modalidad de recargos nocturnos y dominicales y bajo esta figura se le cancelaba el valor de las cuestionadas horas como jornada ordinaria y con efectos salariales, a excepción de la prima técnica.

Sostuvo que a partir del 1° de julio de 1999 el Hospital dispuso unilateralmente que las horas extras se cancelarían como prestación de servicios, lo que implicó que dejaron de constituir factor salarial.

Adujo que en vista de lo anterior solicitó en distintas oportunidades el reconocimiento de las horas adicionales a la jornada laboral establecida, como horas extras o trabajo suplementario.

Normas Violadas: Invocó los artículos 1,2, 4, 11, 25, 53 y 90 de la Constitución Política; 143 del Código Sustantivo de Trabajo; 33 y 36 del Decreto ley 1042 de 1978.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 28 de marzo de 2008 denegó las pretensiones de la demanda. Sostuvo que al analizar los documentos obrantes en el plenario se logró establecer que si bien el actor, adicional a la vinculación legal y reglamentaria con la ESE demandada, suscribió órdenes de prestación de servicios por otras cuatro horas, estas no pueden tenerse como trabajo suplementario que deba reconocerse en dinero, *“ni mucho menos aceptarse el argumento relativo a que como la entidad incluía dichos pagos en el rubro de horas extras, tal circunstancia permita la concreción de un derecho adquirido del cual deriva consecuencias prestacionales”* (fls.190-195).

Dijo además, que en vista de que el actor se encuentra en el nivel profesional, no es posible legalmente reconocer el pago del trabajo suplementario en razón a la disponibilidad del servicio; que el hecho de haberse incluido esa jornada como horas extras en la liquidación salarial respectiva, no puede constituir un derecho adquirido,

toda vez que el error de la administración no puede ser fuente de un derecho laboral que no se encuentra consagrado legalmente.

LA APELACIÓN

La parte actora impugnó la sentencia del Tribunal (fls.201-203). Expresó que para la fecha de los hechos tenía un vínculo legal y reglamentario con la entidad hospitalaria, en la que cumplía una jornada laboral de 4 horas diarias, por lo que todas aquellas que fueron laboradas por fuera de este horario constituyen trabajo suplementario, como así lo entendió la entidad demandada al cancelarle cuatro horas adicionales de disponibilidad como horas extras.

Que en vista de lo anterior, se deben reliquidar sus derechos laborales, teniendo en cuenta que las horas extras constituyen factor salarial.

No observando la Sala causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a resolver de fondo la presente controversia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Previo a tomar la decisión a que haya lugar, se imponen las siguientes precisiones:

El señor Alejandro Jaime Nova Rodríguez se vinculó en la E.S.E Hospital San Juan de Dios del Socorro mediante la Resolución No. 127 del 28 de julio de 1980 (fl.9) como médico general, cuyo horario fue establecido en 4 horas diarias. Dentro de esta modalidad le fueron cancelados salarios, prima técnica, primas de servicios, de vacaciones, de navidad y por necesidades del servicio se le pagó una bonificación por disponibilidad de carácter no presencial, para acudir excepcionalmente al llamado de la institución, el cual en el formato de nómina fue denominado horas extras, recargos nocturnos y dominicales.

Con fundamento en lo dispuesto en la ley 269 de 1996, el 1° de julio de 1999 suscribió órdenes de prestación de servicios para desempeñar la labor de médico general con funciones de anestesiólogo en la misma entidad hospitalaria, dentro del cual se estableció que la relación se regiría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“OBJETO: La prestación de Servicios Profesionales como MÉDICO GENERAL CON FUNCIONES DE ANESTESIÓLOGO, a la ESE Hospital San Juan de Dios del Socorro conforme a lo dispuesto en el artículo 32 inciso 3, Ley 80/93

FORMA DE PAGO: Se cancelará porcentualmente en la medida de la prestación del servicio mensualmente mediante cuenta de cobro y acta en que se certifique la prestación del servicio.” (fl-18)

Lo pretendido por el actor es que la labor que realizó por fuera de la jornada ordinaria laboral sea computada como factor salarial para el pago de sus prestaciones sociales, atendiendo que se trató de un trabajo suplementario.

En primer lugar, encuentra la Sala que la ley 269 de 1996 en su artículo segundo titulado *“garantía de la prestación del servicio público de salud”* estableció en su primer inciso que, debido a que el Estado debe garantizar la prestación del servicio de salud de manera permanente, *“el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público”*. Así, el sentido del artículo es explicar que en virtud de la necesidad de garantizar el servicio de salud, el Estado puede acudir a la posibilidad de permitir el desempeño de más de un empleo en entidades de derecho público en el caso de personal asistencial que preste directamente el servicio de salud. La interpretación del texto completo del artículo lleva a concluir que el inciso segundo establece una excepción a la prohibición constitucional consagrada en el artículo 128 de la Carta Política de tener más de un empleo en entidades de derecho público; mas aún si se tiene en cuenta que el título de la Ley 269 de 1996, señala expresamente que ella *“regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”*.

Ahora bien, el artículo 128 Constitucional establece que *“nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte*

mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley". Es entonces evidente que la ley se refiere a la regulación de una de las excepciones a la prohibición constitucional para desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Por tanto, la norma citada se ocupa de establecer las excepciones a la prohibición del artículo 128 Constitucional, y por ello no regula en general la jornada laboral del personal asistencial que labora en instituciones públicas sino exclusivamente de aquellos que desempeñen más de un empleo en entidades de derecho público.

En ese orden, se encuentra que el actor gozaba del beneficio de que trata la ley en comento, pues se desempeñó en propiedad como médico general del Hospital y por órdenes de prestación de servicios como médico general con funciones de anestesiólogo mediante la figura de la disponibilidad de carácter no presencial, es decir, para acudir sólo por llamado, con el objeto de atender urgencias de anestesia, lo que no implica que esta vinculación constituya un trabajo suplementario que genere derechos prestacionales.

Así entonces, las órdenes de prestación de servicio no generan una relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de derechos salariales y prestacionales. En apoyo de lo anterior, la Sala traerá a colación la sentencia C-154 de 1997, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, en donde se analizó la diferencia entre la figura contractual establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominada "*contrato de prestación de servicios*" y el contrato de carácter laboral propiamente dicho.

La referida sentencia expuso:

*"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y

disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.***” (Resalta la Sala).

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la **subordinación** o **dependencia** respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P.).

De igual manera, el Consejo de Estado ha reiterado en fallos como los del 23 de junio del 2006, Expedientes Nos. 0245 y 2161, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

.....

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

.....

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4. ...” (Exp. 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA).

Así mismo, ha sostenido la Corporación que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En desarrollo del anterior postulado, la Sección Segunda ha dicho:

“...

Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

...

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente.

...” (Sentencia de la Subsección “B” del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03

“...

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo artículo 53 de la Constitución.

Se arriman como pruebas de la subordinación dos declaraciones cuyo análisis pasará a efectuar la Sala.

...

Estas declaraciones no resultan concluyentes sobre la existencia de un vínculo de subordinación entre la accionada y el actor, pues de un lado, no se precisa bajo las órdenes de qué funcionario se encontraba el demandante como quiera que se duda por los declarantes acerca de quién cumplía dicho papel entre los coordinadores, el jefe de personal, la enfermera jefe, etc., como eventuales superiores del mismo; y de otro lado, se indica que el actor respondía a “cualquier persona de cualquier dependencia que lo llamara a mantenimiento”, afirmación que introduce aún mayor duda porque se estaría confundiendo la existencia de una relación de subordinación con la solicitud de que sus servicios hiciera cualquier empleado de la entidad. Esto debilita la tesis sobre la existencia de un vínculo de sujeción del demandante con la entidad...”

...

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que no son suficientes los elementos de prueba para configurar en el presente caso la existencia de una relación de tipo laboral por cuanto el demandante cumplió su oficio sin recibir instrucciones sobre el mismo; en efecto, la actividad consistió en aplicar sus habilidades de manera independiente y autónoma para el servicio de la entidad. La circunstancia de que laborara un número determinado de horas no constituye elemento para afirmar que existiera una relación de sujeción” (sentencia 2161/04, Demandado: Hospital San Martín, Municipio de Astrea, Cesar)

En conclusión, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En el presente caso se encuentra acreditado que las órdenes de prestación de servicio tuvieron como finalidad cubrir en algunas ocasiones la labor de un médico anesthesiólogo bajo la figura de “disponibilidad no presencial” pues suplía estas funciones cuando no se encontraba el especialista y respondía a los llamados del hospital de acuerdo a las necesidades que se presentaran.

Como sustento de lo anterior, obran a folios 171 a 176 del expediente los testimonios de las señoras Yolanda Amado González e Isabel Villareal de Silva, funcionarias del Hospital San Juan de Dios de Socorro, quienes dan cuenta de que el actor no tenía un horario determinado, pues “*esa orden de servicios por disponibilidad no presencial es al llamado por el servicio de urgencias, es decir si se presenta o no*

paciente y que en realidad para esa época no era mucho lo que se presentaba porque nuestra área de influencia sólo era del segundo nivel de la provincia comunera”.

Así entonces, se concluye que la labor que el actor desempeñó mediante órdenes de prestación de servicios no puede tomarse como trabajo suplementario, pues como ya se vio, en razón a la función desempeñada y de conformidad con la ley 269 de 1996, podía desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación del tesoro, aunado al hecho de que por virtud de la norma en comento, cumplía una jornada semanal que sumada al tiempo servido mediante OPS no excedía del tope de once horas diarias y sesenta y seis horas semanales.

Sin necesidad de mas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander de 28 de marzo de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 28 de marzo de 2008 por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso iniciado por Alejandro Jaime Nova Rodríguez contra la E.S.E. Hospital San Juan de Dios del Socorro.

Se reconoce personería al abogado Luis Alberto Barragán Meza como apoderado especial de la demandada, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 220 del expediente.

En firme devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO