



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta y uno (31) de mayo de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00106-00
Demandante: OSCAR EDUARDO CAJAS DAZA
Demandado: HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 060

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor OSCAR EDUARDO CAJAS DAZA, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, en adelante HFPS, para que se declare la nulidad de los actos administrativos nro. 190 de 17 de junio y 253 de 5 de agosto de 2014, oficios sin nro. de 20 de octubre y 11 de noviembre de 2015, por medio de los cuales se le niega el reconocimiento y pago de tiempo compensatorio por haber laborado en días dominicales. Solicita en consecuencia, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar el valor de los días compensatorios no otorgados desde el mes de julio de 2011 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y en adelante, remunerando un día compensatorio por cada dominical o festivo laborado, sumas que reclama indexadas.

Como supuestos de hecho, se afirma en la demanda que, desde el 6 de abril de 2011 el señor OSCAR EDUARDO CAJAS DAZA fue nombrado en propiedad como médico especialista (8 horas) código 213 grado 09, cargo de carrera administrativa de la planta de personal del HFPS, posesionándose el 1.º de julio de ese mismo año.

Que desde la fecha de posesión, el actor presta sus servicios en la especialidad de ginecología en jornada ordinaria de lunes a sábado y en dominicales y festivos de manera habitual, turnándose con otros dos médicos de esa misma especialidad, y que, dado que la institución médica es la única que presta servicios nivel II en Santander de Quilichao y sus alrededores, con una población promedio de 93.545 habitantes en la cabecera municipal, se hace necesario que el hospital se encuentre disponible en diferentes especialidades las 24 horas de los 7 días de la semana.

Que, desde julio de 2011, el subgerente de prestación de servicios del HFPS ha elaborado y autorizado mensualmente los cuadros de turno para cubrir el trabajo de dominicales y festivos en todas las especialidades, incluida la de ginecología. Asimismo, que el tiempo laborado estos días han sido reconocidos y pagados por la entidad, pero que le ha negado el disfrute de un día de descanso compensatorio por cada dominical y festivo laborado, haciendo caso omiso del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública para su caso en concreto.

Se afirma que el actor tiene la calidad de empleado público y que la jornada máxima laboral que rige para él, según sentencia C-1063 de 16 de agosto de 2000 y el decreto 1042 de 1978 como jornada ordinaria de trabajo, es de 44 horas semanales, y que las horas adicionales laboradas domingos y festivos, deben ser compensadas con el disfrute de un día de descanso por cada día laborado, y que, cuando esto no se cumple, aduce que, aparte de la retribución por el trabajo realizado y el recargo del 100 %, se debe otorgar de manera adicional el valor de un día de trabajo ordinario.

En la oportunidad para alegar de conclusión, reiteró los mismos argumentos presentados en la demanda, y adicionalmente sostuvo que, aunque en la fijación de litigio se relacionaron únicamente como laborados los días domingo, en el decurso procesal logró probar que el actor también prestó sus servicios durante días feriados, y que, por tanto, deben despacharse de manera favorable las pretensiones de la demanda.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la entidad accionada.

La mandataria judicial del HFPS se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el actor no tiene derecho al pago de acreencias laborales, por cuanto nunca existió un vínculo laboral que generara la obligación que reclama, y que, si en gracia de discusión tuviera el derecho, el mismo se encontraría prescrito.

Resalta, además, que solamente tienen derecho al pago de acreencias laborales las personas que tienen la calidad de empleados, estatus que se adquiere mediante un nombramiento provisional o en carrera administrativa, situación que aduce, no cumple el demandante. Propuso las excepciones de: “prescripción”, “pago de lo no debido” y “compensación”.

En la oportunidad para alegar de conclusión, guardó silencio.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este Despacho no rindió concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la cuantía de las pretensiones y el último lugar de prestación del servicio médico, este Juzgado es competente para conocer del asunto, en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

En cuanto a la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se tiene que el Tribunal Administrativo del Cauca por medio de providencia de 19 de diciembre de 2016 resolvió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto núm. 517 de 7 de junio de 2016 que rechazó la demanda por caducidad. En la decisión del superior, se dispuso revocar el auto mencionado, y en consecuencia, se admitió la demanda, al encontrar que la contraprestación derivada por el día de descanso compensatorio, al que tiene derecho un empleado por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, se entiende incluida en la asignación básica mensual, es decir, forma parte del salario, tratándose de una prestación periódica según lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 y la sentencia del Consejo de Estado con radicado 05011-23-31-000-1998-01906-01 (2297-08), con ponencia del magistrado Luis Rafael Vergara Quintero.

En ese orden de ideas, de conformidad con el literal c, numeral 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011¹, este asunto no está sometido a términos de caducidad, pues se reclama un componente del salario del actor, de naturaleza periódica.

2.3.- Problema jurídico.

En este asunto el Despacho debe determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por los cargos que se le imputan, y en ese sentido a título de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar los días compensatorios al señor Oscar Eduardo Cajas Daza.

¹ ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando: (...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

2.4.- Tesis.

Se negarán las pretensiones de la demanda, por cuanto los días de descanso compensatorio, cuyo reconocimiento económico reclama el señor Oscar Eduardo Cajas Daza, fueron previstos por la entidad en el sistema de turnos mes a mes, cumpliendo así con las disposiciones del decreto 1042 de 1978².

Para explicar la tesis planteada, se abordará el estudio de los siguientes temas: (i) Lo probado dentro del proceso, (ii) Marco jurídico y (iii) Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

2.5.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

- ✚ Obra a folio 146 del cuaderno de pruebas, el contrato de prestación de servicios profesionales nro. 2011-PS-228 de 1.º de abril de 2011, suscrito entre el HFPS y el demandante, con el objeto de prestar sus servicios como especialista, en horas que no interfieran con jornada habitual que deben cumplir en virtud de ser empleado de planta de la entidad contratante, y que se concretarán en cuadro aparte, desarrollando las siguientes actividades: prescribir y evaluar a los pacientes bajo su responsabilidad, participar en la revista diaria de la sala, autorizar remisiones y altas de pacientes, autorizar la realización de exámenes complementarios, realizar la entrega de turno.

El plazo de este contrato fue de tres (3) meses entre el 1.º de abril y el 30 de junio de 2011, y la tarifa se estableció por valor de \$ 48.000 m/cte., pagaderos una vez acreditara las actividades realmente ejecutadas.

Según acta de 6 de julio de 2011, el contrato relacionado anteriormente fue liquidado (índice 07, pág. 15 a 23 del expediente electrónico).

- ✚ Según resolución nro. 200 de 6 de abril de 2011, el señor Oscar Eduardo Cajas Daza fue nombrado en el HFPS, en el cargo de carrera administrativa de médico especialista (8) horas, código 213, grado 09 de la planta de cargos, del cual tomó posesión el 29 de junio de 2011, con efectos fiscales a partir de 1.º de julio de 2011 (índice 20, pág. 8 a 10 a 23 del expediente electrónico).

- ✚ Según constancia de 17 de febrero de 2016, el señor Cajas Daza prestó sus servicios al HFPS, como especialista 4 horas, desde el 1.º de agosto de 2003 hasta el 30 de junio de 2011, y, como médico especialista 8, desde el 1.º de julio de 2011, sin que conste en el expediente terminación de la relación laboral (índice 20, pág. 7 del expediente electrónico).

- ✚ Mediante derecho de petición radicado ante la entidad demandada el 5 de junio de 2014, el señor Cajas Daza solicitó autorización para el disfrute de manera retroactiva y en adelante, de los días compensatorios, por laborar de forma habitual y permanente los días domingos y festivos.

El 17 de junio de 2014, el HFPS ESE mediante oficio HFPS-GG-JURÍDICA nro.190, dio respuesta negativa al derecho de petición, con fundamento en el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, por no haber trabajado más de dos domingos por mes, afirmando, además, que ha venido reconociendo retribución en dinero por concepto de trabajo en dominicales y festivos de forma ocasional.

- ✚ Luego, a través de oficio radicado en el HFPS, el 14 de julio de 2014, el actor insiste en su solicitud de compensar los dominicales y festivos laborados, aclarando que los turnos realizados por la Coordinación en días dominicales y festivos es de 10 horas, y los

² 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.

realizados por los especialistas es de 24 horas, lo que correspondería a 3 jornadas laborales de 8 horas (índice 01, pág. 30 del expediente electrónico).

La anterior solicitud fue contestada por el HFPS con oficio HFPS-GG-JURÍDICA nro. 253 de 5 de agosto de 2014, señalando que el pago de compensatorios aplica para los trabajadores que laboran los domingos de forma habitual (más de dos domingos/mes), y resalta que no se le puede dar un trato de igualdad respecto del Coordinador, por cuanto tienen funciones distintas y este trabaja los domingos de forma habitual (índice 01, pág. 31 del expediente electrónico).

- ✚ El 7 de octubre de 2015, el señor Cajas Daza por conducto de su apoderada, a manera de reclamación administrativa, solicitó el reconocimiento y pago de cada uno de los días compensatorios por haber laborado en días dominicales desde el mes de julio de 2011, así como de los intereses moratorios desde la fecha en que se causaron hasta que se efectúe el pago. Adicionalmente, a partir de la fecha de la petición, se otorgue un día de descanso como compensatorio por cada día laborado.

Dicha petición fue despachada negativamente el 20 de octubre de 2015, decisión frente a la cual el demandante interpuso recurso de reposición el 2 de noviembre de 2015 (índice 01, pág. 25 y 26 del expediente electrónico).

- ✚ Mediante oficio sin número de 11 de noviembre de 2015, el Hospital Francisco de Paula Santander ESE resolvió de manera desfavorable el recurso de reposición interpuesto por el señor Cajas Daza, argumentando que el trabajo realizado en dominicales y festivos por el profesional no tienen la calidad de habitual, y que, adicionalmente no ejecuta su servicio en jornadas de 8 horas diarias en 6 días a la semana, sino que, se realizan en jornadas de 24 horas diarias en diferentes días al mes, sin que la suma de horas laboradas supere las que corresponde laborar en el mes, es decir, 8 horas de lunes a viernes sin contar festivos, y, 4 horas por cada sábado del mes respectivo, por lo que aduce que los días dominicales y festivos programados por el médico, hacen parte de la jornada mensual que debe laborar, por ser empleado de carrera. Asimismo, que solo podrá considerarse como adicional, el trabajo realizado después de haber trabajado las horas obligatorias en cada mes dependiendo de sus días hábiles, teniendo en cuenta que los sábados se contabilizan 4 horas y 8 horas los días hábiles (índice 01, pág. 25 y 26 del expediente electrónico).

- ✚ De acuerdo con las planillas de turnos autorizadas por el subgerente de prestación de servicios del HFPS, el demandante laboró entre el 1.º de julio de 2011 y el 31 de diciembre de 2018 algunos dominicales y festivos, siempre en turnos de 24 horas (índice 07, pág. 26 a 146 del expediente electrónico).

- ✚ Según desprendibles de pago del demandante, el HFPS le pagó por concepto de dominicales, recargo nocturno festivo y recargo nocturno ordinario, los dominicales y festivos por él trabajados entre el 1.º de julio de 2011 y 31 de diciembre de 2018 (índice 07, pág. 26 a 146 del expediente electrónico).

TERCERA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar los siguientes aspectos jurídicos.

❖ Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en ahora en vigencia del C.P.A.C.A.³:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decrete la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

❖ Jornada de trabajo en las instituciones prestadoras de salud.

Los artículos 25 y 53 de la Constitución Política reconocen el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y aseguran los principios mínimos fundamentales que deben amparar a los trabajadores, entre ellos, la garantía al descanso necesario.

El artículo 5 de la Ley 269 de 1996, prevé que las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán adecuar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector, modificando las jornadas a las establecidas en la esta misma ley, mediante el traslado horizontal a un cargo de igual grado, nivel y remuneración acorde con la jornada establecida, pudiendo disminuir o aumentar la intensidad horaria según el caso, siempre que las circunstancias del servicio lo permitan.

Señala el artículo 2 *ibidem*, que la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de 12 horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación:

"ARTÍCULO 2o. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación. (...)".

Sobre esta disposición, el Consejo de Estado, precisó:

*"(...) según la interpretación que la Corte Constitucional hizo del inciso segundo del artículo 2º de la misma, esta norma rige a los servidores que en el sector de la salud desempeñen dos empleos públicos, como lo permitió el inciso primero *ibidem* (ver sentencia C-206 del 11 de marzo de 2003)."*⁴

En cuanto a la jornada laboral, el decreto 1042 de 1978⁵ ya había establecido en su artículo 33, que, la jornada máxima legal para los empleados públicos nacionales es de 44 horas

³ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 8 de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

⁴ Sentencia 2186 de 2008. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

semanales, aplicable a los empleados públicos territoriales; asimismo, que a los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de 12 horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

También prevé 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.

Además, dispuso que el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal, caso en el cual se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Ahora, en cuanto al trabajo ordinario y ocasional de dominicales y festivos, los artículos 39 y 40 del mencionado decreto, señalan:

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

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."

"ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor.

Si los empleados públicos deben trabajar habitualmente domingos y festivos, tienen derecho a un día de descanso compensatorio, que deberá ser un día hábil".

Al respecto, dijo el Consejo de Estado:

"58. Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

59. Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional."⁶

⁵ 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.

Sobre la jornada extraordinaria, entendida como aquella que excede la jornada ordinaria, es decir, cuando por razones del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor y que, que se encuentra regulada en los artículos 36, 37 y 38 del mencionado decreto 1042 de 1978, se tiene que, para su reconocimiento y pago, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el empleado pertenezca a los niveles técnico - asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- Su remuneración se hará: con un recargo del 25 % si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75 % cuando se trate de horas extras nocturnas.
- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.
- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

Frente a esto, el Consejo de Estado, ha dicho:

"54. La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la Ley 909 de 2004¹⁵, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

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

Sobre el trabajo habitual, el Departamento Administrativo de la Función Pública, conceptuó⁷:

"El tratadista Diego Younes, expresó: «Tal sistema presupone la calificación básica de habitualidad y permanencia de un servicio de trabajo, por oposición a la que recaería sobre un trabajo ocasional, transitorio, ajeno por naturaleza a sistemas o prospectos, determinables en cada caso y sólo para uno, con un ámbito restringido orgánicamente y viable sólo por razones de servicio. Y es apenas lógico que como habitual se considere un trabajo de tal naturaleza que no puede interrumpirse domingos y festivos, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados, sino se alterne al efecto conforme a un sistema establecido previamente por requerirlo la naturaleza de dicho trabajo»."

Y el Consejo de Estado puntualizó en sentencia de 13 de agosto de 1998, expediente 21-98:

"(...) el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...)".

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sostuvo sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, lo siguiente:

"La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con

⁶ Consejo de Estado. Sentencia 05425 de 6 de diciembre de 2018. Radicado: 250002342000201305425 01. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Concepto 151821 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública.

*regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales”.*⁸

De las normas y jurisprudencia referida, se concluye que, cuando el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, se tiene 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 compensatorio, independientemente del nivel jerárquico al que pertenezca el empleado, mientras que el trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario.

Ahora, el decreto 1042 citado, en su artículo 35, prevé que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante las nocturnas, se remunerará con recargo del 35 %, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

De otra parte, el Consejo de Estado sostiene que, aunque no existe norma específica que regule la jornada laboral por el sistema de turnos, atendiendo la naturaleza del servicio que se presta y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible que la administración adecue la jornada laboral –44 horas semanales– del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, distribuyendo dicha jornada en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal, garantizando en todo caso, el derecho al descanso.⁹

Esta acepción¹⁰, también fue tratada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Álvaro Namén Vargas, concluyendo lo siguiente:

“En relación con el día compensatorio como derecho del trabajador, la Sala se remite a las respuestas siguientes.

2. «En el evento en que un empleado público, cuyo sistema de turnos asignados es de 6 horas diarias de lunes a viernes, labora el doble de horas el dominical, ¿cuántos días compensatorios se debe reconocer?»

Los empleados que habitual y permanentemente completan su jornada de trabajo los domingos, tienen derecho al reconocimiento de un día de descanso compensatorio.

3. «A efectos de realizar una efectiva asignación de turnos, la cual garantice la prestación del servicio 24/7 se consulta si ¿el día compensatorio de descanso otorgado a un empleado que ha laborado un dominical debe ser tenido en cuenta como tiempo de servicio dentro de las 44 horas semanales fijadas en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978?»

Los artículos 33 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, regulan lo atinente al cumplimiento de una jornada semanal máxima de trabajo, el trabajo habitual los domingos y festivos, y el descanso compensatorio, entre otros asuntos.

Las mencionadas disposiciones conceden el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio por laborar habitualmente los domingos por el sistema de turnos.

El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual.

⁸ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079.

⁹ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Número Único: 11001-03-06-000-2019-00105-00 del 9 de diciembre de 2019, citado en el concepto 491671 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto Sala de Consulta C.E. 28 de 1986 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

¹⁰ La relacionada con la jornada laboral y compensatorios de empleados públicos bajo el sistema de turnos.

Para tener derecho al descanso compensatorio se requiere haber laborado en dominical, es decir, se trata de «compensar» un trabajo previamente realizado. En otras palabras, por trabajar habitualmente en dominical, se concede el efecto opuesto a dicho tiempo de servicio como lo es el descanso, de allí su denominación como compensatorio. Para tal fin, el empleador deberá fijar las horas de trabajo habitual en dominical que optimicen el sistema de turnos y sean razonables y proporcionales para disfrutar el descanso compensatorio.

4. «¿Cómo debe ser reconocido el compensatorio, cuando un empleado ha laborado el dominical por horas? ¿debe reconocerse el día completo de descanso, o el mismo será proporcional a las horas efectivamente laboradas?»

Las normas laborales vigentes para los empleados públicos no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio.

En atención a que el derecho al descanso del trabajador tiene el carácter de fundamental, la Sala concluye que la prestación del servicio de manera habitual los domingos y festivos por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, según lo establece el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos.

Reitera la Sala que el jefe del organismo o entidad tiene la competencia para distribuir la jornada laboral en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, incluido el trabajo ordinario los dominicales o festivos, por el sistema de turnos, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros aspectos, todo con el fin de optimizar dicho sistema.

De esta manera, el sistema de turnos corresponde a una forma de organizar el trabajo bajo un criterio de continuidad en la actividad que desarrolla una entidad o empresa, con criterios de optimización que satisfagan tanto las necesidades del servicio y los derechos de los trabajadores, por una parte, como la utilización eficiente de los recursos públicos, por la otra”.¹¹

Conforme a lo anterior, cuando un empleado labora *habitualmente* en dominical y/o festivo, hay lugar a un día de descanso compensatorio, es decir, se compensa un día de trabajo previamente realizado; ello, según el criterio de la Alta Corporación: “El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual”.

Aclara el Consejo de Estado que, ante la inexistencia de normas especiales que en el sector público regulen el sistema de turnos, resultarán aplicables las normas generales de los artículos 33 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, en lo atinente al cumplimiento de una jornada semanal máxima de trabajo, la compensación de la jornada el día sábado, el trabajo habitual los días domingos y festivos, y el descanso compensatorio.¹²

Y para el caso puntual de los servicios de salud, señaló:

“Ahora, si el carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que los empleados laboren habitualmente domingos y festivos en un turno de 12 horas, necesariamente tendrá que reconocerse un día de descanso compensatorio.”¹³

En la misma línea, la Organización Internacional del Trabajo, dispuso en el artículo 4 del Convenio nro. 001:

“Artículo 4. También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio

¹¹ Expediente nro. 11001-03-06-000-2019-00105-00 del 9 de diciembre de 2019, Radicación interna 2422.

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00105-00(2422).

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00105-00(2422).

*de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal”.*¹⁴

Disposición concordante con lo establecido por el Consejo de Estado, en relación con el trabajo por el sistema de turnos, según el cual, existe la necesidad de compensar el día de descanso semanal.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Descendiendo al caso concreto, recordemos que el señor Oscar Eduardo Cajas Daza pretende que el HFPS le reconozca y pague el valor de los días compensatorios no otorgados como descanso, desde el 1.º de julio de 2011 hasta que se haga efectivo su pago; afirmando que presta sus servicios en la especialidad de ginecología en jornada ordinaria de lunes a sábado y en dominicales y festivos de manera habitual, y desde ese entonces el subgerente de prestación de servicios ha elaborado y autorizado mensualmente los cuadros de turno para cubrir el trabajo de dominicales y festivos en todas las especialidades, tiempo laborado que le fue reconocido y pagado por la entidad, pero le ha negado el disfrute de un día de descanso compensatorio por cada dominical y festivo laborado.

De la otra orilla, la defensa de la entidad demandada afirmó que el actor no tiene derecho al pago de acreencias laborales, por cuanto nunca existió un vínculo laboral que generara la obligación que reclama, y que, si llegare a tenerlo, el mismo se encontraría prescrito.

En este escenario pasamos a decidir.

En principio, el despacho se circunscribe al problema jurídico planteado, partiendo de la inconformidad del actor, que radica en la negación del disfrute de un día de descanso compensatorio por cada día en dominical y festivo laborados, los cuales, según la demanda, fueron reconocidos y pagados conforme lo ordena la norma; no obstante, al no haber sido otorgado el descanso al que aduce el actor tener derecho, el mismo se reclama remunerado.

Bien, de acuerdo con las pruebas aportadas en el plenario, se observa que el señor Oscar Eduardo Cajas Daza estuvo vinculado al HFPS bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios desde el 1.º de abril hasta el 30 de junio de 2011, tiempo sobre el cual el demandante no solicitó ningún reconocimiento, dado el vínculo contractual.

Luego, tras haberse liquidado el contrato mencionado, el señor Cajas Daza fue nombrado en carrera administrativa en el HFPS como médico especialista (8) horas, código 213, grado 09 de la planta de cargos, cuya posesión surtió sus efectos fiscales a partir del 1.º de julio de 2011, sin que hasta la fecha medie prueba de terminación de la relación laboral.

De conformidad con los cuadros de turnos que obran en el expediente, al señor Cajas Daza le fueron asignados los siguientes turnos de 24 horas en dominicales y festivos, por el subgerente de prestación de servicios del HFPS (fl. 15 a 101 del Cdo. de pruebas):

Jul. 2011:	domingo 3 y 24, miércoles festivo 20.
Ago. 2011:	domingo 14, ningún festivo.
Sep. 2011:	domingo 4 y 25, ningún festivo.
Oct. 2011:	domingo 11, ningún festivo.
Nov. 2011:	domingo 5 y 20, lunes festivo 14.
Dic. 2011:	domingo 18, ningún festivo.
Ene. 2012:	domingo 1.º y 29, ningún festivo.
Feb. 2012:	domingo 19, ningún festivo.
Mar. 2012:	domingo 11 y lunes festivo 19.
Abr. 2012:	domingo 1.º y 22, ningún festivo.
May. 2012:	domingo 13 y lunes festivo 21.
Jun. 2012:	domingo 3 y 24, lunes festivo 18.

¹⁴ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001

Jul. 2012: domingo 15 y viernes festivo 20.
Ago. 2012: domingo 20, ningún festivo.
Sep. 2012: domingo 16, ningún festivo.
Oct. 2012: domingo 7 y 28, ningún festivo.
Nov. 2012: lunes festivo 12 y domingo 18.
Dic. 2012: domingo 9 y 30, ningún festivo.
Ene. 2013: domingo 20, ningún festivo.
Feb. 2013: domingo 10, ningún festivo.
Mar. 2013: domingo 3 y 24, ningún festivo.
Abr. 2013: domingo 14, ningún festivo.
May. 2013: domingo 5 y 26, miércoles festivo 1.º.
Jun. 2013: lunes festivo 3 y domingo 16.
Jul. 2013: domingo 7 y 28, ningún festivo.
Ago. 2013: ningún dominical ni festivo laborado.
Sep. 2013: domingo 8 y 29, ningún festivo.
Oct. 2013: lunes festivo 14 y domingo 20.
Nov. 2013: lunes festivo 4 y domingo 10.
Dic. 2013: domingo 8, 22 y miércoles festivo 25.

Ene. 2014: miércoles festivo 1.º y domingo 12.
Feb. 2014: domingo 2 y 23, ningún festivo.
Mar. 2014: domingo 16 y lunes festivo 24.
Abr. 2014: domingo 6 y 27, ningún festivo.
May. 2014: domingo 18, ningún festivo.
Jun. 2014: domingo 8 y 29, ningún festivo.
Jul. 2014: domingo 20, que a su vez es festivo.
Ago. 2014: domingo 31, ningún festivo.
Sep. 2014: domingo 21, ningún festivo.
Oct. 2014: domingo 12, ningún festivo.
Nov. 2014: domingo 2 y 23, ningún festivo.
Dic. 2014: domingo 14, ningún festivo.

Ene. 2015: domingo 4 y 25, ningún festivo.
Feb. 2015: domingo 15, ningún festivo.
Mar. 2015: domingo 8 y 29, ningún festivo.
Abr. 2015: domingo 19, ningún festivo.
May. 2015: domingo 10 y 31, ningún festivo.
Jun. 2015: domingo 8 y 21, lunes festivo 29.
Jul. 2015: domingo 12, ningún festivo.
Ago. 2015: domingo 2, ningún festivo.
Sep. 2015: domingo 13, ningún festivo.
Oct. 2015: domingo 4, lunes festivo 12.
Nov. 2015: lunes festivos 2 y 16, ningún domingo.
Dic. 2015: ningún dominical ni festivo laborado.

Ene. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Feb. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Mar. 2016: lunes festivo 21, ningún dominical.
Abr. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
May. 2016: lunes festivo 9, ningún dominical.
Jun. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Jul. 2016: miércoles festivo 20, ningún dominical.
Ago. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Sep. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Oct. 2016: lunes festivo 17, ningún dominical.
Nov. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.
Dic. 2016: ningún dominical ni festivo laborado.

Ene. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Feb. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Mar. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.

Abr. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
May. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Jun. 2017: lunes festivo 26, ningún dominical.
Jul. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Ago. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Sep. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Oct. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Nov. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.
Dic. 2017: ningún dominical ni festivo laborado.

Ene. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Feb. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Mar. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Abr. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
May. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Jun. 2018: lunes festivo 4, ningún dominical.
Jul. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Ago. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Sep. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Oct. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.
Nov. 2018: lunes festivo 5, ningún dominical.
Dic. 2018: ningún dominical ni festivo laborado.

De otra parte, según los desprendibles de pago obrantes a folios 106 a 127 del cuaderno de pruebas, se tiene que el actor percibió pagos por concepto de dominicales y recargo nocturno festivo, en los meses de diciembre de 2015, marzo, mayo, julio, diciembre de 2016, abril, julio de 2017, marzo, junio, septiembre, noviembre y diciembre de 2018, en los cuales, según las planillas de turnos relacionadas, el señor Oscar Eduardo Cajas Daza, no laboró dominicales ni festivos; pero, al no existir planillas de turnos autorizadas diferentes a las mencionadas, el despacho tendrá como laborados, los enunciados.

También se colige de la anterior relación, que, el médico actor trabajó entre uno y dos domingos por mes, en escala, desde el mes de julio de 2011 hasta el mes de octubre de 2015 (salvo agosto de 2013), amén de algunos días festivos. A partir del mes de noviembre de 2015 y en adelante ya no trabajó días dominicales, esporádicamente algunos días festivos (8 festivos en total entre noviembre de 2015 y diciembre de 2018).

Entonces, conforme al marco jurídico expuesto, el señor Cajas Daza laboró dominicales y festivos por el sistema de turnos empleado por el HFPS para satisfacer la demanda del servicio público de salud, cuya actividad presupone habitualidad y permanencia. Asimismo, se pudo constatar que la entidad demandada pagó al actor los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos en los porcentajes de ley.

En cuanto a la remuneración reclamada sobre los días compensatorios por trabajo en dominicales y festivos -no otorgados según el demandante-, se tiene que, de conformidad con el artículo 39 del decreto 1042 de 1978, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo laboran habitualmente los días domingos y festivos, tienen derecho además de la remuneración allí prevista, al disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

En el caso *sub examine*, quedó demostrado que el señor Cajas Daza laboró en forma habitual los domingos y festivos, en razón de la actividad económica de la ESE para cual trabaja, desde el 1.º de julio de 2011. Sin embargo, observa el despacho que, de acuerdo con la jornada por él ejecutada, por cada turno de 24 horas laboradas disfrutaba de un descanso mínimo de 24 horas, lo que equivale a un día de descanso compensatorio, con lo que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho de disfrutar un día de descanso por cada dominical o festivo trabajado.

Es de anotar que, en algunas ocasiones incluso, el tiempo de descanso era mayor a 24 horas, pues con base en las planillas de turnos, el señor Oscar Eduardo prestaba sus servicios los días lunes, miércoles y domingos, lo que implica que después de cada

miércoles, sus días de descanso correspondían a las 24 horas de los jueves, 24 horas de los viernes y 24 horas de los sábados, excepto los martes ordinarios o no festivos 13, 20 y 27 de octubre de 2011, y el viernes festivo 20 de julio de 2012, cuyo descanso compensatorio se cumplió el sábado 13 de julio (índice 20, pág. 11 a 144 del expediente electrónico).

También es importante precisar, que entre los años 2015 y 2018 se cuentan en el calendario un total de 68 días festivos, de los cuales, según las planillas de turnos aportadas al proceso, únicamente 11 trabajó el actor.

En suma, se observa que, desde el 1.º de julio de 2011 hasta el 3 de diciembre de 2018, sin excepción, el profesional de salud después de cada domingo y festivo laborado tuvo al menos un día completo de descanso, es decir, el HFPS previó los días de descanso compensatorio en el sistema de turnos del señor Oscar Eduardo Cajas Daza. Aclarando que, a partir de noviembre de 2015 no trabajó ningún día domingo.

Así pues, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas en dominicales y festivos por el actor, fueron otorgadas por la entidad demandada dentro del mismo mes, garantizando su derecho al descanso, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que los días compensatorios solicitados ya fueron disfrutados por el actor.

Finalmente, teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones de la demanda, el despacho no hará ningún pronunciamiento sobre la excepción de prescripción formulada por la defensa del HFPS.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente caso, de manera que no hay lugar a imponerlas.

4.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

TERCERO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los correos electrónicos procesosjudiciales@hfps.gov.co, luxma2@hotmail.com, hfps@gmail.com, caritglori@hotmail.com, oscarcajas@hotmail.com, hfpsjuridico@gmail.com, mapaz@procuraduria.gov.co

CUARTO: ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La jueza


ZULDEY RIVERA ANGULO

Sentencia NREDE núm. 060 de 31 de mayo de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00106-00
Demandante: OSCAR EDUARDO CAJAS DAZA
Demandado: HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Firmado Por:

**Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca**

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

Código de verificación:

df532b9da6901d56512cd16709ee55c81369c4ccac9f91b62ea029972230f20c

Documento generado en 31/05/2022 03:21:49 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**