

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 88

Bogotá D.C., 14 de diciembre de dos mil veinte (2020)

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

**Radicado:** 110013335-017-2017-00188-00.

**Demandante:** Mireya Salazar Camacho.

**Demandado:** Hospital Militar Central.

**Tema:** Pago de descansos compensatorios.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

**Pretensiones de la demanda**

Declarar la nulidad del oficio No. 7990 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013, mediante el cual i) se negó el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios, causados antes del 20 de agosto de 2010 ii) ordenó conceder en tiempo los causados entre el 20 de agosto de 2010 y 31 de diciembre de 2010 iii) negó el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios para los años 2011, 2012 y 2013. (Fl. 137).

Declarar la nulidad del oficio No. 9621 DIGE.SUAD.UNTH del 06 de noviembre de 2013, notificado el 18 de noviembre de 2013, mediante el cual la entidad demandada, resolvió el recurso de reposición confirmando la anterior decisión (Fl. 146).

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar:

i) El reconocimiento y pago en dinero efectivo de los días de descanso compensatorios por el trabajo realizado en días domingos y festivos, según programación de turnos, desde el 1 de enero de 2005, **con la correspondiente incidencia salarial** y con efectos a futuro, **sin perjuicio de la remuneración especial de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.**

ii) La reliquidación de todas las prestaciones y demás derechos inherentes a la relación laboral, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, así como la indexación de los valores de conformidad con lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 198 de dicha norma desde el 1 de enero de 2005.

iii) Se condene en costas a la entidad demandada.

**Hechos.**

- La demandante labora en el Hospital Militar Central, prestando sus servicios a través de jornadas de 12 horas diarias, desde el año 2005.

- El día 20 de agosto de 2013, bajo radicado No. 011810 la demandante, a través de apoderado, solicitó el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio, por el trabajo realizado en días domingos y festivos (Fl. 131).

- Mediante oficio No. 7990 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013, el Hospital Militar Central, negó el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios (Fl. 137).

- La parte demandante, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de reposición contra el oficio 7990 de 2013, mediante escrito radicado el día 13 de septiembre de 2013, bajo el radicado 013268. (Fl. 139).

.- El 06 de noviembre de 2013, mediante Oficio 9621, la entidad demandada confirmó el auto recurrido (Fl. 146) y notificó la decisión a la interesada el día 18 de noviembre de 2013 (Fl. 28).

### **Tesis del demandante:**

Consideró la parte actora que los actos demandados desconocen las siguientes disposiciones: artículos 1, 13, 25, 48, 53, 58, 332 y 336 de la Constitución Política; y artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Sostuvo que la demandada expidió los actos demandados con desconocimiento de las normas en que debería fundarse en atención a que el Decreto 1042 de 1978 regula que los empleados públicos en razón de la naturaleza de su trabajo que 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, situación que ocurre a los empleados del Hospital Militar Central, como la demandante, que labora habitual y permanentemente según la programación mensual que realiza la entidad, sin embargo, esta desconoce dicha norma.

Señaló que los actos administrativos demandados no explican la razón de su decisión, lo que conlleva a la existencia de la falsa motivación, que a su vez afecta en forma directa los derechos de contradicción y defensa, propios del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Igualmente, mencionó que el no reconocimiento en tiempo al disfrute del descanso compensatorio genera que este pueda pagarse en dinero, como lo establece el Decreto 4872 de 2008, según el cual, se podrán reconocer y pagar en dinero los días compensatorios que se hubieran causado hasta la fecha de publicación de ese decreto a favor de cada empleado, siempre que exista disponibilidad presupuestal y no se afecten los recursos para el pago de horas extras, lo cual, afirma ha sido ratificado por la jurisprudencia, en el sentido de señalar que el trabajador puede escoger si toma el descanso compensatorio o si prefiere el pago en dinero, trae a colación la sentencia del 17 de agosto de 2006, expediente N° 5622-05 Magistrado Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

Concluyó que de acuerdo con las normas que regulan el tema objeto de la controversia, así como lo señalado en la doctrina y en la jurisprudencia, la Administración de forma autónoma puede programar y otorgar el descanso compensatorio dentro de los 30 días calendario siguientes a su causación, y si no lo hace dentro de dicho término, entonces el trabajador tiene la autonomía para escoger el disfrute del día o el pago del mismo, como en efecto lo requiere la demandante.

En sus alegatos conclusivos la parte resalta que *la parte que representa, trabaja en forma permanente todos los domingos y festivos y, solo a partir del año 2011 y después de las diversas gestiones que realizó el sindicato ASEMIL, (Organización existente al interior del Hospital Militar Central), la demandada empezó a reconocer y pagar descansos compensatorios.*

***En este caso, se reclaman los correspondientes al periodo comprendido entre enero de 2005 y diciembre de 2010 y los que aparezcan probados como no pagados por la entidad.***

*De conformidad con las planillas allegadas por la demandada, al dar contestación a la demanda, y el contenido de la certificación laboral allegada al expediente, expedida por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, en cumplimiento de la orden impartida por el Juzgado, es claro que, los días compensatorios reclamados, no han sido reconocidos ni pagados en su totalidad y los que eventualmente reconoció, no cuentan con la precisión que permita señalar que día aparentemente “compensa”, a pesar de estar demostrado que hay numerosos días domingos y festivos trabajados por la demandante, en forma permanente según la programación que hace el Hospital. La información que suministró la entidad demuestra con total grado de certeza que el Hospital no otorgaba los*

*descansos compensatorios por cada día domingo laborado, por lo menos hasta el mes de enero de 2010.*

*La remuneración que perciben los servidores públicos del país por concepto de trabajo en días domingos y festivos y por descansos compensatorios, son salario y se deben tener en cuenta para todos los efectos prestacionales, de seguridad social y de todo orden laboral, por expresa disposición del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que señala: “De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la Ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo **suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios**”*

Indicó que el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** se abstiene de incluir en la base salarial para liquidar sus derechos prestacionales, la remuneración que perciben los trabajadores por concepto de trabajo en días domingos y festivos, con el argumento de que el Decreto 2701 de 1988 no consagra dicha posibilidad. Que la lectura exegética de dicho decreto en principio, permitiría una afirmación como esa, no obstante, se debe tener en cuenta que el Decreto 2701 de 1988 no es la disposición que regula el concepto salarial para los servidores públicos, sino la norma general el Decreto 1042 de 1978. Refirió que los salarios de los trabajadores al servicio del Hospital Militar Central se pagan con base en las normas generales que cada año emite el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992. Que las demás disposiciones (como el Decreto 2701 de 1988), son complementarias; en este caso solamente para regular el régimen prestacional (no salarial) de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, como se deduce de su propio encabezado.

#### **Tesis de la demandada:**

Adujo que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, como quiera que no se presenta argumento alguno que permita ordenar el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios respecto de los días dominicales y festivos laborados desde el año 2005, aunado a que para el caso objeto de estudio se debe verificar la prestación efectiva del servicio, el criterio relacionado con la permanencia, el grado y el nivel del empleo que ostenta la demandante, y que si opera la prescripción. Igualmente, adujo que el factor de salario deprecado por la demandante no se encuentra establecido dentro del Decreto 2701 de 1988, aplicable a los empleados del Hospital Militar.

Afirmó la improcedencia de los compensatorios ahora reclamados ya que desde el 01 de enero de 2011, la entidad los viene reconociendo en la medida en que la trabajadora presta el servicio.

**- Falta de agotamiento de la vía gubernativa:** Formula esta pretensión, frente a las supuestas pretensiones de horas extra, recargo nocturno y respecto al salario base para efectuar aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

#### **Identificación de los actos enjuiciados:**

- Oficio No. 7990 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013 (Fl. 109).
- Oficio No. 9621 DIGE.SUAD.UNTH del 06 de noviembre de 2013 (Fl. 116).

#### **CONSIDERACIONES**

**Problema jurídico:** Consiste en establecer si la demandante, como Servidor Misional en Sanidad Militar 2-2-12, del Hospital Militar Central, tiene derecho al reconocimiento y pago de los descansos compensatorios reclamados desde el 01 de enero de 2005 con su consecuente incidencia en la liquidación de prestaciones y seguridad social.

**Solución al problema jurídico:** Siguiendo las reglas establecidas por la normatividad que regula la materia y la orientación expuesta por el H. Consejo de Estado, se accederá parcialmente a las pretensiones pues se advierte que operó la prescripción de los descansos compensatorios causados con anterioridad al 20 de

agosto de 2010 y de otro, porque de las planillas y certificaciones que obran en el expediente se observa que los días domingos y festivos laborados no fueron compensados en debida forma, adeudándose a favor de la demandante el equivalente a 34 días de trabajo ordinario.

### **Régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados del Hospital Militar Central.**

La Constitución prevé en su artículo 150 numeral 19:

**“ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:**

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública;

(...)”.

La ley marco a que alude la norma transcrita es la ley 4a. de 1992, cuyo artículo 10 dispone claramente:

**“ARTÍCULO 10º.** Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.

De esta forma el régimen salarial y prestacional, del cual hace parte la fijación de la jornada laboral, sólo puede ser determinado por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley marco 4a. de 1992.

En relación con la jornada de trabajo, es el artículo 54 del decreto ley 1792 de 2000, el cual establece que tales empleados deben prestar sus servicios dentro de la jornada legal de ocho (8) horas o la reglamentaria de la respectiva repartición, unidad o dependencia, sin perjuicio de la permanente disponibilidad.

Cabe anotar que, en el caso específico de los empleados públicos, su situación laboral es legal y reglamentaria, lo cual implica que sus condiciones laborales dependen de lo que la ley y el reglamento dispongan, de modo que en lo relacionado con la jornada laboral y demás aspectos del trabajo, deben sujetarse necesariamente a las disposiciones legales y reglamentarias, sin que sea admisible entrar a negociar las condiciones de su labor, como bien podría ocurrir cuando se trata de trabajadores oficiales vinculados por medio de un contrato de trabajo.

Adicionalmente se observa que los servidores de la salud del Ministerio de Defensa Nacional a que se ha hecho alusión, reciben la totalidad del sueldo fijado para el grado en el cual fueron nombrados, lo cual debe corresponder a la prestación del servicio de tiempo completo, es decir, de ocho (8) horas diarias. Y que si laboran únicamente cuatro (4) horas diarias se les debe remunerar “en forma proporcional al tiempo trabajado”, conforme lo establece el parágrafo 2º del artículo 2º del decreto 1049 de 2011, dictado precisamente en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992. El mencionado parágrafo 2º dispone claramente lo siguiente:

**“PARÁGRAFO 2º.** Las asignaciones básicas mensuales de las escalas señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo.

*Se podrán crear empleos de medio tiempo los cuales se remunerarán en forma proporcional al tiempo trabajado y con relación a la asignación básica que les corresponda.*

*Se entiende, para efectos de este decreto, por empleos de medio tiempo los que tienen jornada diaria de cuatro (4) horas”.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Precisamente ante el caso de una empleada pública que desempeñó la profesión de odontóloga en un colegio distrital, inicialmente durante una jornada laboral de cuatro (4) horas diarias, a la cual se le pagó el salario en forma proporcional al tiempo trabajado y posteriormente se le requirió para el cumplimiento de la jornada diaria laboral de ocho horas y media (8 ½), por necesidades del servicio y porque en el nombramiento no se había especificado la duración de la jornada, debiéndose aplicar la establecida por la normatividad, el Consejo de Estado rechazó la alegación de un presunto derecho adquirido, así como también la pretensión de que se le pagara la remuneración como si hubiera servido de tiempo completo. Así lo sostuvo la Sección Segunda, Subsección B (C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), en sentencia del 29 de abril de 2010, Exp. No. 25000232500030889702, No. interno 0478-2009, en la cual se expresó:

*“(…) el artículo 1º del decreto No. 1647 de 1967, por el cual se reglamentaron los pagos a los servidores del Estado, estableció la correspondencia necesaria entre la prestación del servicio y el pago del salario.(…) A juicio de la Sala, el concepto de relación laboral, como instrumento de regulación de las relaciones entre empleador y trabajador, contiene como uno de sus elementos constitutivos la jornada laboral, es decir el tiempo durante el cual el trabajador destina su*

Conviene precisar la naturaleza jurídica del Hospital Militar Central y su régimen salarial y prestacional, razón por la que es preciso acudir a la Ley 352 de 1997 “*Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*” que en su artículo 40, respecto de la naturaleza jurídica del Hospital Militar Central, señaló:

*“Artículo 40. Naturaleza jurídica. A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D. C.”*

Y, respecto del régimen salarial y prestacional aplicable a sus empleados, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 46. Régimen de personal. Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes,  aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.”*

Entonces, sería del caso remitirnos al régimen especial de los empleados del Hospital Militar Central, sino fuera porque dicha normativa no ha sido expedida por el Gobierno Nacional, es decir, no existe régimen especial alguno que regule este aspecto, carencia ante la cual, resulta pertinente acudir a lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978<sup>2</sup>.

En este sentido, y para el caso concreto de los empleados del Hospital Militar Central, el H. Consejo de Estado<sup>3</sup> ha señalado:

*“(…) El Hospital Militar Central ha tenido la naturaleza de establecimiento público del orden nacional y el Gobierno no ha expedido régimen especial en materia salarial para los empleados públicos a él vinculados, conforme al mandato del artículo 46 de la Ley 352 de 1997. En consecuencia, debe acudirse a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto, esto es, al decreto 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª del mismo año, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.*

*Sobre este particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó mediante concepto de 9 de marzo de 2000, con ponencia del Consejero Dr. Flavio Rodríguez Arce, lo siguiente:*

*“Así las cosas, mientras se expide por el Gobierno Nacional, **el régimen especial en materia salarial para***

---

*energía, sus conocimientos y su actividad al servicio de la función o de la tarea que le corresponde cumplir en beneficio del empleador. La jornada laboral es determinante en el conjunto de esa relación, pues el salario, otra de sus categorías fundamentales, está determinado por la jornada laboral, es decir por el tiempo que el trabajador compromete en favor del empleador. La magnitud de la remuneración está entonces indisoluble y directamente asociada al tiempo de dedicación al trabajo, tanto, que habría detrimento patrimonial al reconocer salario a un empleado por un tiempo realmente no trabajado. Así, el decreto No. 1647 de 5 de septiembre de 1967, por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del Estado, dispone perentoriamente que toda remuneración que se pague debe obedecer a servicios efectivamente prestados. Dice así el artículo 1º del citado decreto: “Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal”. (...) Así las cosas el decreto No. 1647 de 1967 sería suficiente como instrumento normativo para impedir que la demandante reclamara un salario por un trabajo no ejecutado efectivamente. (...) El Consejo de Estado, mediante fallo del 30 de abril de 2009, sobre la jornada laboral en los establecimientos educativos oficiales, aseveró<sup>10</sup> “Es importante anotar que el hecho de venir cumpliendo un horario en jornada inferior a la establecida por el legislador no puede constituirse, en manera alguna, en un derecho adquirido, pues lo normal es el ejercicio de las funciones dentro de los límites establecidos, si la autoridad considera la necesidad, se repite, de ajustarla a la normatividad legal para la prestación de un mejor servicio, lo cual se traduce en cobertura y calidad (art. 67 C.P.)”.*

(...)

*No puede haber abuso o exceso de la autoridad administrativa, si ella busca, como aquí ha acontecido, ajustar la conducta de los servidores públicos a lo que preceptúan las normas sobre jornada laboral, o lo que es igual, si esas autoridades de modo precedente expresaron su preocupación por el detrimento patrimonial que puede sobrevenir por la desatención de la jornada laboral. El solo hecho de haber perseverado en una situación irregular, por la que dedicaba a su trabajo un tiempo menor al que indican las normas citadas, no genera un derecho adquirido, ni altera su relación con la administración, que en este caso es legal y reglamentaria y no de hecho”.*

<sup>2</sup> “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”

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA- SUB SECCIÓN “B”. Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil seis (2006). CONSEJERO PONENTE: DOCTOR JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. REF: EXPEDIENTE No. 25000 23 25 000 1998 05343 01 No. INTERNO 1151-2005. AUTORIDADES NACIONALES ACTOR: NÉSTOR MORENO SÁNCHEZ.

**los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997, debe acudir a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, del decreto 1042 de 1978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias por la ley 5ª de 1978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional."**

Conforme al aparte jurisprudencial que antecede, no existe controversia respecto a que el régimen en materia salarial aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del Hospital Militar Central es el contenido en el Decreto 1042 de 1978.

**Jornada Laboral** Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.

Como se ha dicho en líneas precedentes el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos vinculados en el Hospital Militar Central es el establecido en el Decreto 1042 de 1978, lo anterior en razón a que el gobierno no ha expedido el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos a él vinculados conforme con el artículo 46 de la ley 352 de 1997<sup>4</sup>

**De conformidad con el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales**, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

**"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas**

*Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.*

*El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras<sup>5</sup>." (Subraya el Despacho).*

La jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, excepto los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia a los que se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias sin exceder las 66 horas semanales, advirtiendo que el día sábado no da derecho a remuneración adicional salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicando horas extras.

La regla general son 44 horas semanales para los empleados de tiempo completo, a no ser que el empleo sea de medio tiempo

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al concepto de salario, así pues, éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben 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%, el trabajo suplementario por dominicales y festivos, el ordinario o habitual y el ocasional.

El régimen de administración del personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional está contenido en los decretos leyes 1792 de 2000 y 91 de 2007, el primero de los cuales mantiene su vigencia por disposición del

<sup>4</sup> ARTÍCULO 46. RÉGIMEN DE PERSONAL. Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional.  
<sup>5</sup> Modificado en lo pertinente por los artículos 1° al 3° del Decreto 85 de 1986.

artículo 92 del segundo, y dispone en su artículo 54 que la jornada laboral para dicho personal es de ocho (8) horas diarias.

La norma flexibiliza la jornada laboral facultando a los nominadores para efectuar movimientos en las plantas de personal, ajustando el horario o jornada laboral a las necesidades del servicio de acuerdo con la ley, pudiendo aumentarla o disminuirla según tales necesidades, sin que en ningún caso ello implique el abandono del límite de la jornada laboral ordinaria de la respectiva entidad

Sin detrimento del principio de inescindibilidad, pues las normas son concordantes finalística y cuantitativamente con las del decreto 1042, en el caso bajo examen la materia está especialmente regulada por la ley 269 de 1996, por la cual se reglamenta parcialmente el artículo 128 8 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios en las entidades de derecho público, como lo es el Hospital Militar Central. En su artículo 2° se permite al personal asistencial que presta directamente servicios de salud, “desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público”, con el fin de garantizar la atención de este servicio público esencial y el acceso permanente de todas las personas al mismo, y al efecto establece 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 doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación”.

La misma ley flexibiliza las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación en el sector oficial, siempre que no exista cruce de horarios, en aras de garantizar el acceso permanente a la prestación del servicio público esencial de salud. En consecuencia, las entidades nominadoras pueden efectuar movimientos justificados de las plantas, ajustando el horario o jornada a las necesidades del servicio, de acuerdo a la ley.

Al efecto dispone el artículo 5°:

**“Adecuación jornada laboral.** 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 presente 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. Lo anterior no implica disolución de vínculo laboral, pérdida de antigüedad, ni cualquier otro derecho adquirido por el funcionario”.

A términos del artículo 33 del decreto 1042 de 1978 en concordancia con las normas acabadas de citar, dentro de estos límites, el jefe del respectivo organismo puede señalar los horarios de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor sin que, en ningún caso, dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 269 de 1996 - establecer una excepción a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público -, la ampliación de la jornada a un máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, no significa necesariamente que se haya abandonado el límite legal de la jornada ordinaria con la misma entidad pública. De este modo, es posible que un determinado servidor preste sus servicios por fuera de la jornada ordinaria de 44 horas (art. 33 del decreto 1042 de 1978), en la misma o en otra entidad pública.

Lo anterior no implica que la vinculación con la administración deba ser necesariamente por jornadas de 44 horas semanales, pues ello dependerá de las necesidades del servicio. En estos casos, la jornada ordinaria - inferior a la máxima legal - será la señalada por la administración en el acto de nombramiento o en el contrato de prestación de servicios, si fuere éste procedente”.

refirió también a los turnos de disponibilidad del personal de salud, en esa ocasión del Hospital Militar, con razones que resultan aplicables al caso presente. Explicó la Sala lo siguiente:

*“(…) Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor está cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.*

*Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica.*

*En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.*

*En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora, al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivarán de dichas condiciones laborales.”*

Recargo nocturno. El artículo 35 del decreto 1042 regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, la parte de tiempo laborado durante estas últimas se remunerara con recargo del 35% pero podrá compensarse con periodos de descanso.

#### **Trabajo dominical y festivo y descansos compensatorios.**

El artículo 39 del decreto 1042 de 1978 regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos y la forma en que se debe remunerar

*“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. (...)*

De esta forma el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibo 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 laboral, es decir un recargo del 100% sin perjuicio de la remuneración habitual.

Además del pago doble contempla la norma el disfrute de un día de descanso compensatorio cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta por retribución en dinero si el trabajo dominical es ocasional, la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

#### **Jornada Extraordinaria.**

Se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Se encuentra regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

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: eón 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.

Ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al hospital central deben aplicarse el artículo 33 del decreto 1042 de 1978 que implica que toda labor realizada en exceso a las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 y ss del referido decreto deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas.

Este tipo de jornadas llamadas mixtas se encuentran reguladas en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 de la siguiente manera:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornada que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso."

Respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

"La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Como ha señalado el Consejo de Estado un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores público, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador «(...) d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.»

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en una controversia que giraba en torno a la misma temática, señaló que<sup>6</sup>:

*“Para resolver, advierte la Sala que el cargo desempeñado por la actora no pertenece al nivel directivo, asesor, ni profesional, sino que labora como Auxiliar del Área Salud, es decir, se encuentra dentro de los empleos susceptibles de percibir el pago de los días compensatorios, tal y como lo establecen los Decretos anuales por los cuales “se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”, según los cuales para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19<sup>7</sup>.*

Sobre lo expuesto y en asuntos relacionados con compensatorios para empleados del sector salud, el Consejo de Estado, ha tenido la oportunidad de precisar<sup>8</sup>:

*“De las disposiciones transcritas puede señalarse que el trabajo realizado en los días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y que tiene un recargo propio y diferente del que las normas estipulan para el trabajo suplementario que se realiza en días hábiles.*

*Por lo tanto, cuando la norma establece que el trabajo realizado en días domingos y festivos se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, se debe entender que se remunera con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.*

*Dichas normas también asignan a quien labora en días de descanso remunerado, el derecho de disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual. Cuando dicho descanso compensatorio no se concede, o cuando el funcionario opta por que se retribuya o “compense” en dinero (si el trabajo dominical es ocasional), la retribución por el trabajo festivo realizado, debe incluir el valor de un día ordinario adicional.*

*Entonces el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio, así:*

- a) El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).*
- b) Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.*
- c) El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).*
- d) Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior.***

*Así las cosas, y teniendo en cuenta que la demandante laboraba de forma habitual en días de descanso obligatorio, - hecho que no ha sido discutido por las partes -, tendría derecho a la retribución de tal trabajo en días festivos, adicionando al valor de su mesada o quincena salarial (que debió incluir la retribución del descanso dominical), el valor del trabajo realizado durante cada día festivo servido, con un recargo del 100% sobre dicho valor; y concediendo un día de descanso compensatorio, **o si éste no se otorga, adicionando además el valor de un día ordinario de trabajo.**(...)” (Negrillas del Despacho).*

Bajo los anteriores supuestos, se concluye que los compensatorios en dominicales y festivos para los empleados que en forma habitual y permanente laboren en entidades del sector salud, como lo es el caso

<sup>6</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, sentencia del 10 de octubre de 2014, actor Nora Gladys Varela Millán contra el Hospital La Victoria III Nivel E.S.E., radicación Núm. 11001-33-35-024-2012-0048-01, Magistrado Ponente Samuel José Ramírez Poveda.

<sup>7</sup> Por ejemplo en los Decretos 708 de seis (06) de marzo de dos mil nueve (2009), 1374 de veintiséis (26) de abril de dos mil diez (2010); 1031 de cuatro (04) de abril de dos mil once (2011); 853 de veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012); 1029 de veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013) y 199 de siete (07) de febrero de dos mil catorce (2014).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02443-01(2979-05). Actor: ALBA ROCIO MONTOYA. Demandado: HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN ESE.

de la parte demandante, se encuentran cobijados por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual contempla una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor de la labor realizada, así como el disfrute de un día de descanso compensatorio.

### **Caso Concreto**

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial puesto de presente, se pasan a estudiar las pruebas legal y oportunamente allegadas al expediente, en aras de verificar si la demandante tiene derecho o no a la concesión de los descansos compensatorios:

1.- Se acreditó la petición presentada el 20 de agosto de 2013 de la señora Mireya Salazar Camacho, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio por el trabajo realizado los días domingos y festivos desde enero de 2005 según las planillas para reporte diario elaboradas por el HMC, aceptando en forma expresa que el reconocimiento se realice en dinero, sin perjuicio del pago de la remuneración prevista en el artículo 39 del decreto ley 1042 de 1978 y, la reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales y demás derechos de origen laboral incluidos los de la seguridad social (salud, pensión, riesgos profesionales) devengados desde el 1º de enero de 2005 (Fl. 131-136), folio 137 expediente c.1

2.- Se acredita que la demandante es empleada publica que presta sus servicios de acuerdo con las programaciones realizadas por el Hospital Militar Central en forma habitual los días dominicales y festivos

4.- El Hospital Militar le ha cancelado a la demandante la retribución salarial como lo prevé el artículo 42 del decreto 1042 de 1978, pero no le ha otorgado los descansos compensatorios prevista en el artículo 39, a pesar de que ha laborado en forma habitual y permanente en los días de descanso obligatorio

5.- Valores devengados y cancelados a la demandante desde enero de 2005 hasta el 2020 por todo concepto, incluidos recargos nocturnos, dominicales y, festivos folio 331 y ss hasta abril de 2008 señala la entidad se cancelan dominicales y festivos y se compensan los festivos laborados; desde mayo de 2008 se cancelan y se compensan dominicales y festivos laborados

### **De la prescripción de los compensatorios**

Siendo la prescripción un fenómeno que extingue el derecho que no se reclama en forma oportuna, resulta necesario su análisis previo, en punto a determinar la procedencia del reconocimiento de los compensatorios reclamados por la demandante, razón por la cual deberá establecerse el momento en que esta fue efectivamente interrumpida.

Del material probatorio aportado al expediente, se acreditó que la petición presentada el 20 de agosto de 2013 de la señora Mireya Salazar Camacho, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio por el trabajo realizado los días domingos y festivos desde enero de 2005 según las planillas para reporte diario elaboradas por el HMC, aceptando en forma expresa el reconocimiento se realice en dinero, sin perjuicio del pago de la remuneración prevista en el artículo 39 del decreto ley 1042 de 1978, la reliquidación y pago de todas las prestaciones sociales y demás derechos de origen laboral incluidos los de la seguridad social (salud, pensión, riesgos profesionales) devengados desde el 1º de enero de 2005 (Fl. 131-136),

En consecuencia, el derecho al reconocimiento y pago de los compensatorios reclamados, se estudiará y analizará a partir del 20 de agosto de 2010, pues los causados con anterioridad **se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción prevista** en el art. 41 del Decreto 3135 de 1968, aplicable al presente caso.

De acuerdo con la norma, si los derechos salariales y los relativos a prestaciones sociales derivados de una relación laboral, no son reclamados en el término que establece la ley, se extingue la posibilidad de ejercer las acciones tendientes a hacerlos efectivos, máxime cuando en el presente caso lo que se reclama es el día de descanso compensatorio y no la remuneración originada por el trabajo desarrollado en días dominicales y festivos.

Efectuada dicha precisión, a continuación procede el Despacho al análisis de fondo del derecho en controversia que no se encuentra prescrito.

### Calidad del empleo de la demandante

Se encuentra acreditado que la señora Mireya Salazar Camacho, labora al servicio del Hospital Militar Central desde el 01 de junio de 1988 y actualmente desempeña el cargo de Servidor Misional en Sanidad Militar 2-2-12 (Fl. 331). Luego al no pertenecer al nivel directivo, asesor, ni profesional, sino Auxiliar, se encuentra dentro de los empleos susceptibles de percibir el pago de los días compensatorios.

### Trabajo suplementario y descanso compensatorio.

Obran en el plenario las pruebas documentales que conducen a la certeza de que:

- Desde el año 2005 la demandante desarrolla de forma habitual y permanente los días domingos y festivos trabajo suplementario (Fl. 267-325).

- Durante el periodo comprendido entre 2005 y 2019 le fueron pagados además de salario y los demás emolumentos a que tenía derecho, conceptos por trabajo dominical y/o festivo (Fl. 331-344).

- El 20 de agosto de 2013, la demandante a través de su apoderado, formuló petición solicitando el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorio a que creía tener derecho por razón del trabajo realizado desde enero de 2005 los días domingos y festivos (Fl. 131-136).

- El 10 de septiembre de 2013, por medio del Oficio No. 7990 DIGE.SUAD.UNTH, la demandada negó lo peticionado, argumentado que, en el transcurso de los últimos tres años ha venido reconociendo el disfrute de los descansos compensatorios, así mismo señaló que sobre los descansos compensatorios causados con anterioridad al 20 de agosto de 2010 operó el fenómeno de la prescripción (Fl. 137).
- Frente a esta decisión interpuso recurso de reposición (Fl. 110-115), que fue resuelto por medio del Oficio No. 9621 DIGE.SUAD.UNTH del 06 de noviembre de 2013, confirmando en todas sus partes la primera de las decisiones (Fl. 146)
- Obra certificado suscrito por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa<sup>9</sup> de la entidad demandada y copia de las planillas de turnos de enfermería<sup>10</sup>, de las que en conjunto se observa que la demandante desarrolló trabajo suplementario entre el 20 de agosto de 2010 y mayo de 2019, el cual fue compensado como pasa a exponerse:

AÑO	MES	DIAS DOMINICALES LABORADOS	DIAS FESTIVOS LABORADOS	TOTAL DIAS TRABAJO SUPLEMENTARIO	DIAS COMPENSADOS	TOTAL DIAS COMPENSADOS
2010	Enero	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Febrero	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Marzo	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Abril	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Mayo	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Junio	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito
	Julio	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito	Periodo prescrito

<sup>9</sup> Folios 331 a 349 del expediente digital.

<sup>10</sup> Folios 350 a 457 del expediente digital.

	Agosto	2	1	3	4-18-24-26-28-30	6
	Septiembre	2	-	2	7-9	2
	Octubre	3	0	3	5-13	2
	Noviembre	2	-	2	10-12	2
	Diciembre	2	1	3	6	1
2011	Enero	2	1	3	13-15-23	3
	Febrero	2	-	2	-	-
	Marzo	2	-	2	8-18	2
	Abril	2	1	3	-	-
	Mayo	3	-	3	5	1
	Junio	-	1	1	8	1
	Julio	2	2	4	2-6-22	3
	Agosto	2	1	3	11-13-25-29-31	5
	Septiembre	2	-	2	2-8-26	3
	Octubre	3	-	3	12-14-28	3
	Noviembre	2	1	3	3-11-29	3
	Diciembre	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA
2012	Enero	2	-	2	16-20-22-24	4
	Febrero	2	-	2	29	1
	Marzo	2	-	2	16-20-28	3
	Abril	3	1	4	9-15-17	3
	Mayo	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA
	Junio	-	-	-	-	-
	Julio	2	1	3	4-6	2
	Agosto	2	1	3	9-11-21	3
	Septiembre	3	-	3	4-6-10-12	4
	Octubre	2	-	2	4-12-22-26	4
	Noviembre	2	1	3	7-9-23	3
	Diciembre	2	1	3	17	1
2013	Enero	2	-	2	( en planilla se evidencian 2)	0 (2)
	Febrero	2	-	2	10-14-28 (pero en planilla se evidencia 15-25)	3 (según planilla 2)
	Marzo	3	2	5	12-14-18-20 (pero en planilla se evidencia 11-19-21-23)	4
	Abril	2	-	2	29 (pero en planilla se evidencia 4-12-22)	1 (3)
	Mayo	2	-	2	9-17 (pero en planilla se evidencia 14-28)	2
	Junio	2	1	3	12-14 (pero en planilla se evidencia 13)	2 (1)
	Julio	1	-	1	-	-
	Agosto	2	-	2	5-19-21 (pero en planilla se evidencia 8-20-22)	3

	Septiembre	3	-	3	( en planilla se evidencia 5-9-21-25)	- (4)
	Octubre	2	-	2	2-10-22-24 (pero en planilla se evidencia 3-11-17)	4 (3)
	Noviembre	2	1	3	1-11-27 (pero en planilla se evidencia 12-14-18-20)	3 (4)
	Diciembre	2	-	2	17-19-21-27-29 (pero en planilla se evidencia 16-18)	5 (2)
2014	Enero	2	1	3	5-11-25 (pero en planilla no se evidencia compensatorio)	3 (-)
	Febrero	2	-	2	2-8-16 (pero en planilla se evidencia 10-14-28)	3
	Marzo	2	1	3	2-8-16-22 (pero en planilla se evidencia 12-14-16-18-20)	4 (5)
	Abril	2	1	3	13-19-27 (pero en planilla no se evidencia ningun compensatorio)	3 (-)
	Mayo	2	1	3	3-17-25 (pero en planilla se evidencia 9-17)	3 (2)
	Junio	1	1	2	8-22-28 (pero en planilla se evidencia 12-14)	3 (2)
	Julio	1	-	1	6-12-26 (pero en planilla no se evidencia compensatorio)	3 (-)
	Agosto	2	1	3	3-9-17-31 (pero en panilla se evidencia 5-19-21)	4 (3)
	Septiembre	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	6-14-20 (PERO NO EXISTE PLANILLA)	3 (PERO NO EXISTE PLANILLA)
	Octubre	2	-	2	12-18-26 (Pero en planilla se evidencia 2-10-22-24)	3 (4)
	Noviembre	2	2	4	1-15 (pero en planilla se evidencia 1-11-27)	2 (3)
	Diciembre	1	1	2	21-27 (pero en planilla se observa 17-19-21-27-29)	2 (5)
2015	Enero	2	1	3	2-14	2

	Febrero	1	-	1	27 (pero en planilla evidencia 27)	1
	Marzo	3	1	4	11-19-21	3
	Abril	2	1	3	8-24-28	3
	Mayo	2	1	3	6-24-26-28	4
	Junio	2	1	3	-	-
	Julio	-	1	1	17	1
	Agosto	3	-	3	12-14	2
	Septiembre	2	-	2	1	1
	Octubre	2	-	2	5-13-15	3
	Noviembre	2	2	4	12-30	2
	Diciembre	2	1	3	16	1
2016	Enero	3	2	5	7-9-19-21	4
	Febrero	2	-	2	8	1
	Marzo	2	1	3	1-21	2
	Abril	2	-	2	2-8-18-22	4
	Mayo	2	1	3	6	1
	Junio	2	-	2	3-17	2
	Julio	1	-	1	25-29	2
	Agosto	2	-	2	2-12-26	3
	Septiembre	2	-	2	9-17-23-29	4
	Octubre	2	1	3	7-19-21	3
	Noviembre	2	1	3	4-12-18	3
	Diciembre	2	1	3	2-16-20	3
2017	Enero	3	1	4	25-27	2
	Febrero	2	-	2	8-10-16-24-28	5
	Marzo	2	1	3	10-14-16-24	4
	Abril	2	1	3	7-21	2
	Mayo	2	2	4	3-5	2
	Junio	2	1	3	8-14	2
	Julio	1	-	1	-	-
	Agosto	2	2	4	9	1
	Septiembre	2	-	2	4-26	2
	Octubre	2	1	3	12-18	2
	Noviembre	2	1	3	3-15	2
	Diciembre	3	1	4	5-27-29	3
2018	Enero	2	1	3	20-22	2
	Febrero	2	-	2	7-19	2
	Marzo	2	2	4	21	1
	Abril	2	-	2	14	1
	Mayo	3	1	4	16	1
	Junio	2	1	3	13-19	2
	Julio	1	-	1	-	-
	Agosto	2	1	3	-	-
	Septiembre	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	5-25-27 (SIN PLANILLA)	3 (PERO NO EXISTE PLANILLA)
	Octubre	2	1	3	11-13-23	3
	Noviembre	2	1	3	8-14-20-28	4
	Diciembre	3	1	4	18	1
2019	Enero	2	2	4	-	-
	Febrero	2	-	2	12-20-26	3

	Marzo	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA
	Abril	2	1	3	9	1
	Mayo	2	1	3	7-9-15-21-27-29	6
	Junio	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA	SIN PLANILLA
<b>TOTALES</b>				<b>269</b>		<b>235</b>

- No existe prueba relacionada con el trabajo suplementario llevado a cabo en diciembre de 2011, mayo de 2012, septiembre de 2014, septiembre de 2018 y marzo, junio en delante de 2019, tampoco de las compensaciones a las que pudo haber lugar.

Del material probatorio previamente recaudado evidenció esta juzgadora que la certificación de días compensados emitida por la Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa – Subdirección Administrativa del Hospital Militar Central<sup>11</sup>, presenta inconsistencias, especialmente en el periodo comprendido entre enero de 2013 y febrero de 2015, toda vez que la información consignada no corresponde a la que contienen las planillas de turnos laborados por la actora. Por lo anterior, considera el Despacho prudente acoger la información consignada en cada una de las planillas de turnos allegadas a fin de contrastar los días domingos y festivos laborados por la demandante así como los efectivamente compensados por la entidad demandada. Pese a lo anterior, también resulta importante mencionar que las planillas allegadas por la demandada en cumplimiento al Auto de sustanciación No. 86 del 2020, así como las allegadas por la actora con el escrito de demanda, presentan un inquietante número de tachones y enmendaduras que dificultan su legibilidad.

Los aludidos documentos no fueron objetados por ninguna de las partes, ni tachados de falsedad, motivo por el cual, procedió a valorarlos y con base en ellos determinar si a la señora Mireya Salazar, se le adeudan días compensatorios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

### Conclusión

Del análisis del material probatorio relevante, se evidenció que la actora en el periodo comprendido entre agosto de 2010 y mayo de 2019, laboró un total de 269 días domingos y festivos que conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, debían ser compensados en beneficio de la señora Salazar Camacho. Por su parte se observó que dentro del mismo periodo el Hospital Militar Central, compensó a la actora un total de 235 días, siendo entonces evidente que la entidad demandada adeuda un total de 34 días que no fueron compensados a la demandante.

Además se probó que la actora se desempeña como empleada pública, en el cargo de Servidor Misional en Sanidad Militar 2-2-12, que le permite desarrollar trabajo suplementario, de manera habitual, acorde con su función de prestar servicios asistenciales en salud y por ende tener un sistema de turnos dentro de su planta de personal siendo entonces procedente el reconocimiento de los días compensatorios tal y como lo dispone el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

No hay prueba que demuestre que el Hospital Militar Central, haya pagado en dinero los días no compensados, pues no se registró así en el certificado de *“VALORES DEVENGADOS Y CANCELADOS EN ESTA ENTIDAD POR TODO CONCEPTO”*<sup>12</sup> ni en ninguna de las demás pruebas allegadas.

Luego, imperioso resulta acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos sometidos a control, se cumplió con la carga probatoria que le correspondía, demostrando los descansos compensatorios adeudados por la accionada.

Habrà lugar a ordenar el reconocimiento y pago de treinta y cuatro (34) días ordinarios de trabajo por los compensatorios no disfrutados a que tiene derecho la actora por haber laborado en dominicales y festivos, durante el lapso comprendido entre agosto de 2010 y mayo de 2019, toda vez que fue lo acreditado en el

<sup>11</sup> Folios 345-349 del expediente digital.

<sup>12</sup> Folio 331-344.

proceso. También se conminará a la entidad accionada para que en adelante procesa a reconocer y otorgar los días compensatorios en la forma y términos establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

En cuanto a la incidencia prestacional pretendida por la actora, precisa el despacho que haber laborado los dominicales y festivos en términos del decreto 2701 de 1988 no conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías y demás prestaciones sociales razón por la que se negar tal reconocimiento pues ello conllevaría a no considerar el principio de inescidibilidad normativa sin evidenciar a cargo de esta juzgadora relaciones válidas de complementariedad entre uno y otro o motivo razonable para conceder lo pretendido por el accionante

**Ajuste al valor:** Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:  $R = RH \text{ ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL}$  En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

**Intereses:** A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3° del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5° del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**Cumplimiento de la sentencia:** El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

**COSTAS:** El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>13</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas propias)

<sup>13</sup> Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>><sup>15</sup>”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia procesal.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- DECLÁRASE PROBADA** la excepción de prescripción de todo lo pretendido con anterioridad al 20 de agosto de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

**SEGUNDO.- DECLÁRESE** la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio No. 7990 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013 (Fl. 137).
- Oficio No. 9621 DIGE.SUAD.UNTH del 06 de noviembre de 2013 (Fl. 146).

**TERCERO.- CONDENAR** al Hospital Militar Central, a que reconozca y pague el equivalente en dinero a un día ordinario de trabajo a la señora Mireya Salazar Camacho, por cada uno de los 34 días no compensados.

Comínase a la entidad accionada para que en adelante procesa a reconocer y otorgar los días compensatorios en la forma y términos establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

**Ajuste al valor:** Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:  $R = RH \text{ ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL}$  En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

**Intereses:** A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**Cumplimiento de la sentencia:** El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación No. (20486) Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales DIAN.

<sup>15</sup> Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros.

**CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

**QUINTO.- NO CONDENAR EN COSTAS**, por las razones expuestas

**SEXTO** En firme esta sentencia, por la Secretaría **COMUNICAR** su contenido a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011) así mismo, se autoriza desde ahora la expedición de copia del fallo en los términos del numeral artículo 114 del C.G.P. si alguna de las partes lo solicita y se ordena el **ARCHIVO** de las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

Firmado Por:

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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: **647e375217722365094978e90bbfd89b2eb2f4e0c406d09872df148478e71cab**  
Documento generado en 16/12/2020 03:48:56 p.m.

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