

16 FLS

ORALIDAD
17 AGO 2018

Señora Juez
DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-
E.S.D.

REF: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE:
MARÍA DEL PILAR SOSA GONZÁLEZ Contra HOSPITAL MILITAR
CENTRAL. Exp. No. 196/2017. 11001333501620170019600.

RICARDO ESCUDERO TORRES, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.489.195 de Bogotá y T.P. No. 69.945 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado especial del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, según poder otorgado por la Doctora DENYS ADIELA ORTIZ ALVARADO en su condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, entidad descentralizada adscrita al sector defensa, como se acredita con la Resolución No. 048 de fecha 23 de enero de 2.018; el Acta de Posesión No. 9 de julio 1 de 2.010 y la Resolución No. 055 de 2.010 documentos que acompaño con la presente, con todo respeto me permito manifestar a Usted que, dentro del término legal procedo a contestar la demanda de la referencia:

SOBRE LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda. Ni la acción, hechos y fundamentos de derecho en los cuales se pretende apoyarla.

La demandante se desempeña como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1.988, compendió de carácter especial que establece el régimen prestacional del personal al servicio del Hospital Militar Central, conjunto que señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales.

Se pretende el pago de los compensatorios desde el mes de enero de 2.005 en días dominicales y festivos, sin perjuicio de la remuneración especial de que trata en artículo 39 del Decreto 1042 de 1.978 y la reliquidación de las prestaciones por la incidencia salarial de ese emolumento.

Conviene aclarar que la Constitución Nacional en el artículo 150, numeral 19 literal E, determinó que el Congreso Nacional señalará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

La jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período de tiempo.

COPIA DE APOYO
RICARDO ESCUDERO TORRES
JUEZ ADMINISTRATIVO

379864

Los días domingos y festivos tiene el carácter de ser días de descanso obligatorio, por lo tanto, la remuneración surge si se presta efectivamente el servicio.

El Decreto Ley 1042 de 1.978 en los artículos 39 y 40 consagró la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Entonces, la forma de remunerar el servicio, es distinta a considerar una incidencia a la jornada del día dominical y festivo que la ley no tiene previsto y trasladarla a la jornada ordinaria legal.

Si bien es cierto que el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, menciona que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Conviene igualmente destacar que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de ese emolumento; no obstante, se debe destacar que es necesario verificar la prestación efectiva del servicio y en todo caso ese salario y su incidencia se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal.

Con todo debe recordarse que a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2.014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

El trabajo en dominical o festivo que se preste en forma ocasional, se compensa con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario, entonces cuando la labor se desarrolle en tales días y con carácter transitorio -no habitual- y si no depende de la naturaleza del servicio requiere de autorización escrita de conformidad con la ley y con fundamento en la Circular No. 041. Con todo solo procedería ese pago para los servidores que desempeñen empleos del nivel técnico hasta el grado 24 o nivel asistencial hasta el grado 32.

Resulta pertinente recordar las enseñanzas transmitidas por el H. Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- radicado No. 1.254 de marzo 9 de 2.000, oportunidad en la cual se refirió a los conceptos relativos a la habitualidad y a la ocasionalidad, en los siguientes términos: *"En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por lo tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia normalmente todos los días, incluidos, claro está, los no hábiles; el trabajo se torna en "habitual y permanente", así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia es*

decir de forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días dominicales o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria.

Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional”.

Esa misma Corporación en sentencia del 13 de agosto de 1.998, radicado 21-98 se refirió frente a la habitualidad, indicando: “... el trabajo habitual y ordinario en dominical y festivo, es aquel que se presta en forma permanente aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio como sería el que se presta en un hospital...”

Ese criterio es similar al que ha venido siguiendo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

De lo expresado se desprende que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y, por ende, que no se presenta argumento alguno para ordenar el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios respecto de los días dominicales y festivos laborados desde el año 2.005 y hasta el mes diciembre de 2.010, por efectos de la prescripción y porque según los reportes de nómina el Hospital desde el 1 de enero de 2.011 viene cancelando ese beneficio cuando existe la prestación efectiva del servicio, cuando aparece el criterio relacionado con la permanencia, el grado y nivel de empleo. Finalmente, es pertinente anotar que ese factor de salario no lo establece el Decreto Ley 2701 de 1.988.

Entonces, no existe fundamento para solicitar ese beneficio y mucho menos a partir del 1 de enero de 2.011, comoquiera que el Hospital lo reconoce en la medida que se presta el servicio de modo que no existe el efecto futuro como en forma imprecisa lo implora la parte actora.

Así mismo, se destaca que las horas extras, recargos nocturnos y aportes a la seguridad social no fueron temas materia de agotamiento de vía gubernativa, motivo por el cual no se le ofreció competencia al Juzgado.

SOBRE LOS HECHOS

Al hecho 4.1: Es cierto.

Al hecho 4.2: Es cierto.

Al hecho 4.3: Es cierto.

Al hecho 4.4: No es cierto en la forma como se presenta, la entidad tiene previsto mediante acto administrativo el pago de las expensas para tomar las copias de los documentos que solicita cualquier ciudadano, toda vez que la entidad no cuenta presupuesto que le permita atender es tipo de peticiones.

Al hecho 4.5: Me atengo al contenido de la comunicación citada en el hecho, no obstante, el acto administrativo que estableció esas expensas, goza de legalidad.

Al hecho 4.6: Me atengo al contenido del oficio citado en el hecho.

Al hecho 4.7: Es cierto.

Al hecho 4.8: Es cierto, aclarando que para el cumplimiento de sus cometidos la entidad cuenta con un número plural e importante de servidores públicos.

A los hechos 4.9 y 4.10: No son ciertos en la forma como se presentan, por cuanto no todo el personal desarrolla sus labores por el sistema de turnos.

Al hecho 4.11: Me atengo al contenido de la disposición legal que se transcribe en el hecho.

Al hecho 4.12: No es cierto, el Hospital Militar Central le ofrece uso y aplicación debida a la normatividad legal.

Al hecho 4.13: Es cierto.

Al hecho 4.14: Es cierto, sin embargo, debe precisarse que el Hospital en ningún momento ha desconocido sus obligaciones.

Al hecho 4.15: Es cierto, aclarando que el Hospital remunera en la forma como lo establece la ley, previa constatación efectiva del servicio, el cumplimiento de los requisitos y de las demás condiciones previstas en la ley.

Al hecho 4.16: Me atengo al contenido de las solicitudes que se señalan en el hecho, pero debe aclararse que el Hospital atiende las normas legales, en particular el Decreto 2701 de 1.988, codificación que regula en forma especial y privativa el régimen prestacional de los servidores públicos que posee la entidad demandada.

Al hecho 4.17: Me atengo al contenido de las órdenes semanales citadas en el hecho, aclarando que la petición del sindicato, en ningún momento puede interpretarse como la fuente que provocó esos actos administrativos.

A los hechos 4.18, 4.18.1 y 4.18.2: Para mayor precisión manifiesto que me atengo al contenido de los actos administrativos a los que se alude.

Al hecho 4.19: No es cierto en la forma como se presenta, las órdenes del Director General del Hospital deben analizarse siempre y cuando se verifique la prestación efectiva del servicio y teniendo en cuenta la expresa referencia que ese funcionario ha hecho sobre la prescripción trienal.

Al hecho 4.20: Me atengo al contenido del oficio citado en el hecho. No obstante, debe precisarse que ese derecho se reconoce siempre y cuando se verifique la prestación efectiva del servicio y teniendo en cuenta la expresa referencia que el Hospital ha considerado respecto de la prescripción trienal, derecho que en ningún momento ha abandonado, por el contrario, lo ha reclamado expresamente.

Al hecho 4.21: Me atengo al contenido del oficio citado en el hecho, aclarando que siempre que se verifique la prestación efectiva del servicio y teniendo en cuenta la prescripción trienal.

Al hecho 4.22: No es cierto en la forma como se presenta, el Hospital siempre consideró el aspecto de la prestación efectiva del servicio y el fenómeno de la prescripción trienal. En relación con el con el pliego de peticiones presentado en el año 2.009 obedece a un hecho que en nada contribuye o influye en la situación que en este proceso se discute y en todo caso dentro del contexto que establece el Decreto 160 de 2.014.

A los hechos 4.23 y 4.24: Me atengo al contenido de la documental citada, dentro del contexto establecido en el Decreto 160/14.

Al hecho 4.25: No es cierto el Hospital Militar Central procede conforme lo establece la ley.

A los hechos 4.26 y 4.27: Son hechos que no le corresponde contestar a mi mandante por cuanto hacen alusión a la Organización Sindical ASEMIL.

A los hechos 4.28 y 4.29: Me atengo a lo que se demuestre en el proceso.

Al hecho 4.30: Me atengo al contenido de los documentos que supuestamente remitió el sindicato, poniendo de presente que las manifestaciones allí contenidas, son apreciaciones de la Organización Sindical y en ningún momento hace referencia en forma particular o específica al demandante.

Al hecho 4.31: No es un hecho de mi representada, obedece a una manifestación de la Presidente de la Organización Sindical.

A los hechos 4.32; 4.33; 4.34, 4.34.1, 4.34.2, 4.34,3; 4.35; 4.36; 4.37; 4.37.1, 4.37,2, 4.37,3, 4.37,4; 4.38; 4.39 y 4:40: para mayor precisión manifiesto que me atengo al contenido de los documentos anunciados en los hechos.

A los hechos 4.41; 4.42; 4.43; 4.44; 4.45; 4.46; 4.47: No son hechos, son manifestaciones expresadas en forma global y consideraciones subjetivas que no pueden ser admitidas o negadas por mi mandante.

A los hechos 4.48; 4.49; 4.50; 4.51; 4.52.; 4.53, 5.54 y 4.55: No son ciertos, el Hospital ha reconocido en la forma como lo establece la ley el servicio prestado, debe reiterarse el fenómeno de la prescripción.

Al hecho 4.56; 4.57 y 4.58: No son ciertos en la forma como se presenta, además cada proceso se debe analizar en contexto respecto de la casuística que se relate.

A los hechos 4.59 y 4.60: Son ciertos.

HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Fundamentaré la defensa en los siguientes hechos:

La demandante se desempeña como empleado público del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1.988, compendió de carácter especial que establece el régimen prestacional del personal al servicio del Hospital Militar Central, conjunto que señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales.

Se pretende el pago de los compensatorios desde el mes de enero de 2.005 en días dominicales y festivos, sin perjuicio de la remuneración especial de que trata en artículo 39 del Decreto 1042 de 1.978 y la reliquidación de las prestaciones por la incidencia salarial de ese emolumento.

Conviene aclarar que la Constitución Nacional en el artículo 150, numeral 19 literal E, determinó que el Congreso Nacional señalará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

La jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período de tiempo.

Los días domingos y festivos tiene el carácter de ser días de descanso obligatorio, por lo tanto, la remuneración surge si se presta efectivamente el servicio.

El Decreto Ley 1042 de 1.978 en los artículos 39 y 40 consagró la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Entonces, la forma de remunerar el servicio, es distinta a considerar una incidencia a la jornada del día dominical y festivo que la ley no tiene previsto y trasladarla a la jornada ordinaria legal.

Si bien es cierto que el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, menciona que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Conviene igualmente destacar que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de ese emolumento; no obstante, se debe destacar que

es necesario verificar la prestación efectiva del servicio y en todo caso ese salario y su incidencia se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal.

Con todo debe recordarse que a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2.014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

El trabajo en dominical o festivo que se preste en forma ocasional, se compensa con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario, entonces cuando la labor se desarrolle en tales días y con carácter transitorio -no habitual- y si no depende de la naturaleza del servicio requiere de autorización escrita de conformidad con la ley y con fundamento en la Circular No. 041. Con todo solo procedería ese pago para los servidores que desempeñen empleos del nivel técnico hasta el grado 24 o nivel asistencial hasta el grado 32.

Resulta pertinente recordar las enseñanzas transmitidas por el H. Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil- radicado No. 1.254 de marzo 9 de 2.000, oportunidad en la cual se refirió a los conceptos relativos a la habitualidad y a la ocasionalidad, en los siguientes términos: *"En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por lo tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia normalmente todos los días, incluidos, claro está, los no hábiles; el trabajo se torna en "habitual y permanente", así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia es decir de forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días dominicales o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria.*

Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional".

Esa misma Corporación en sentencia del 13 de agosto de 1.998, radicado 21-98 se refirió frente a la habitualidad, indicando: *"... el trabajo habitual y ordinario en dominical y festivo, es aquel que se presta en forma permanente aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio como sería el que se presta en un hospital..."*

Ese criterio es similar al que ha venido siguiendo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

De lo expresado se desprende que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados y, por ende, que no se presenta argumento alguno para ordenar el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios respecto de los días dominicales y festivos laborados desde el año 2.005 y hasta el mes diciembre de 2.010, por efectos de la prescripción y porque según los reportes de nómina el Hospital desde el 1 de enero de 2.011 viene cancelando ese beneficio cuando existe la prestación efectiva del servicio, cuando aparece el criterio relacionado con la permanencia, el grado y nivel de empleo. Finalmente, es pertinente anotar que ese factor de salario no lo establece el Decreto Ley 2701 de 1.988.

Entonces, no existe fundamento para solicitar ese beneficio y mucho menos a partir del 1 de enero de 2.011, comoquiera que el Hospital lo reconoce en la medida que se presta el servicio de modo que no existe el efecto futuro como en forma imprecisa lo implora la parte actora.

Así mismo, se destaca que las horas extras, recargos nocturnos y aportes a la seguridad social no fueron temas materia de agotamiento de vía gubernativa, motivo por el cual no se le ofreció competencia al Juzgado.

PRUEBAS

Con el fin que se decreten, practique y se tengan como tales, solicito las siguientes pruebas:

1. DOCUMENTOS.

- Poder junto con Resolución No. 048 de fecha 23 de enero de 2.018; el Acta de Posesión No. 09 de julio 1 de 2.010 y la Resolución No. 055 de 2.010.

2. OFICIOS. Solicito se libre oficio **AL HOSPITAL MILITAR CENTRAL (Departamento de Talento Humano)** para que remita con destino a este proceso, Copia de las planillas de programación de turnos desde el año 2.005 al 2.018; Certificación Laboral en la cual se discrimina el cargo, los extremos laborales y la asignación mensual, los valores devengados durante toda la relación laboral incluyendo los recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados, así como los días compensados desde el año 2.005 al 2.018.

En relación con la documental que se solicita, es necesario indicar que la parte actora deberá sufragar los gastos correspondientes a las expensas necesarias para la expedición de esos medios de prueba, comoquiera que el Hospital no tiene presupuesto para la reproducción de documentos, entonces, tiene previsto mediante acto administrativo el pago de expensas para esos fines.

DOCUMENTOS EN PODER DE LA DEMANDADA

Respecto de la documental solicitada por la parte actora en el numeral 6.2.41 Y 6.2.42, me permito manifestar que son aportados como prueba documental con la presente contestación.

INFORME ESCRITO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO E INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

Respecto de estas pruebas, considero que para el caso materia de controversia resultan inconducentes, impertinentes y superfluas, toda vez que lo que se debate en el presente proceso son aspectos de derecho y no situaciones que ameriten ser acreditadas por este medio probatorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decreto Ley 2701 de 1.988 y Ley 1042 de 1.978.

EXCEPCIONES

Como excepciones de fondo o de mérito, propongo las siguientes:

FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PAGO: No le asiste derecho a la actora respecto de las pretensiones solicitadas en la demanda, toda vez que el Hospital Militar Central procedió conforme a las disposiciones legales que, verificó la prestación efectiva del servicio y, en todo, caso, estableció que la presencia de la prescripción trienal sobre las pretensiones incorporadas en la demanda. Debe precisarse que de acuerdo con las nóminas que se acompañan se establece que el Hospital reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró el demandante. Ahora bien, a partir del 1 de enero de 2.011, el Hospital reconoce el trabajo suplementario en la medida que se presta el servicio, de modo que no existe el fundamento en la pretensión.

PRESCRIPCIÓN: En haber recaído sobre los presuntos y eventuales derechos reclamados en la demandada el fenómeno extintivo de la prescripción trienal, puesto que se reclama un derecho desde el año 2.005 y esos efectos prestaciones, luego a simple vista se observa que están extinguidos.

FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA: Mecanismo de defensa que se propone frente al pago de horas, el recargo nocturno y respecto del salario base para liquidar aportes al Sistema integral de Seguridad Social.

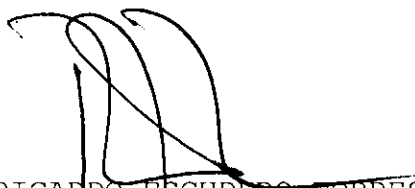
LA GENÉRICA: Que por no requerir formulación expresa deberá ser declarada de oficio por el Juzgado.

NOTIFICACIONES

El Hospital Militar Central y su Directora Brigadier General Médico CLARA ESPERANZA GALVIS DÍAZ recibirán notificaciones personales en la secretaría de su despacho o en la transversal 3 No. 49-02 de esta ciudad o al correo electrónico judicialeshmc@hospitalmilitar.gov.co

El suscrito en la Secretaría de su Despacho o en mi domicilio profesional ubicado en la carrera 7 No. 32-29 piso 29 de la ciudad de Bogotá, tel. 338 4904 o a través del correo electrónico ricardoescuderot@hotmail.com

Atentamente,



RICARDO ESCUDERO TORRES
C.C. No. 79.489.195 de Bogotá
T.P. No. 69.945 del C.S.J.