



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydeé Anzola Linares CAN, piso 4°

Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5553939, ext. 1016

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de 2022

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-00123-00
Demandante:	SANDRA MILENA SALAZAR MARTÍNEZ
Demandado:	HOSPITAL MILITAR CENTRAL

Tema: Reconocimiento de trabajo suplementario.

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: La señora **SANDRA MILENA SALAZAR MARTÍNEZ** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL**,

¹ Fls. 4-10 del archivo N° 1 del expediente digital.

presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en los **oficios N° E-00022-2018004604 del 25 de mayo de 2018 y N° E-00022-2018007473 del 23 de agosto de 2018**, por medio de los cuales el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** negó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) causados desde el 1° de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social y demás derechos percibidos por la demandante, resolvió negativamente el recurso de reposición ejercido contra tal decisión y rechazó el recurso de apelación, respectivamente.

Como restablecimiento del derecho solicita que se condene al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** que reconozca y pague la totalidad de los salarios que le corresponden por laborar en forma permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos de acuerdo a la programación mensual que realiza la entidad.

De la misma forma, que se ordene a la demandada a que reliquide con efectos hacia futuro y con la permanencia necesaria en el tiempo las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, prima, bonificaciones, auxilios y beneficios) y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y parafiscalidad, aplicando para el efecto, la totalidad de los salarios percibidos o que deba percibir por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), y el pago de todas las diferencias que resulten por todos y cada uno de estos conceptos.

Igualmente, que se le ordene realizar la reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta la totalidad de factores, salarios y prestaciones devengados durante toda la vigencia de su relación legal y reglamentaria. Asimismo, se condene al pago del I.P.C. certificado por el DANE e intereses moratorios sobre las cifras adeudadas mes por mes, teniendo en cuenta lo ordenado en los artículos 177, 178 y 198 del C.P.A.C.A., el artículo 111 de la Ley 510 de 1999 y las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 188, así como el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

2.2. Hechos²:

2.2.1.- Afirma la parte actora que labora para el Hospital Militar Central bajo su dependencia y subordinación en el cargo de Auxiliar de Servicios en el departamento de enfermería desde el 11 de febrero de 2003 bajo el sistema de turnos que son previamente programados por el Hospital, en jornadas nocturnas que comprenden un horario de 6 p.m. a 6 a.m. inclusive los domingos y festivos, días que por ley son de descanso obligatorio.

2.2.2. Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad está en la obligación de reconocer el trabajo suplementario desarrollado por la demandante, sin embargo, la entidad no cancela la totalidad de los salarios causados por el recargo nocturno o festivo, por cuanto a pesar de que la ley ordena pagar días, el Hospital solamente liquida horas de trabajo en el caso de los dominicales y festivos, y adicional a ello excluye dichos valores de la base de liquidación de las prestaciones sociales, de las vacaciones y de los aportes integrales al Sistema de Seguridad Social.

2.2.3. Como consecuencia de la situación presentada, la parte demandante elevó derecho de petición ante el Hospital Militar Central el 17 de abril de 2018 solicitando el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, extraordinarios o suplementarios, valor de los días laborados en jornadas de descanso obligatorio y la liquidación de las prestaciones y pago de aportes a seguridad social con la inclusión de los valores que se deben percibir por el trabajo desarrollado en los mencionados días.

2.2.4. A la solicitud presentada, la entidad demandada dio respuesta negativa mediante el oficio N° E-00022-2018004604 del 25 de mayo de 2018, decisión contra la cual ejerció el recurso de reposición y la entidad a través del oficio R-00003-2018011006 del 22 de junio de 2018, confirmando la decisión adoptada.

2.3. Normas violadas y concepto de violación³: Aduce la parte demandante que han sido vulnerados las siguientes disposiciones Constitucionales: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 y de orden legal: Ley 4ª de 1992, Ley 334 de 1996, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Decreto 2400 de 1968, Decreto Ley 3135 de 1968, Decretos 1042 y 1045 de 1978, 2701 de 1988, 1158 de 1994 y Ley 100 de 1993, artículo 18.

² Fls. 10-20 del archivo N° 1 del expediente digital.

³ Fls. 20-39 del archivo N° 1 del expediente digital.

En su **concepto de violación**, en síntesis, estima que los actos administrativos demandados fueron expedidos con desconocimiento de las normas en que debían fundarse y porque en su contenido se evidencia una insuficiente motivación, contraria a los derechos de la parte actora, en razón a que disposición de la ley se encuentra consagrado que todos los trabajadores tienen derecho a un descanso remunerado y en días domingos o feriados, tal y como lo establece el artículo 53 de la Constitución Política

Respecto de los salarios adeudados sostuvo que conforme la prestación de servicios que presta la entidad, los trabajadores del Hospital Militar Central deben laborar por el sistema de turnos durante las 24 horas del día (jornada diurna y nocturna) y en días de descanso obligatorio. al respecto, afirma que la demandante presta sus servicios en jornada nocturna durante todos los días de la semana; no obstante, la entidad demandada no cancela la totalidad de los recargos que legalmente le corresponden, así como tampoco tiene en cuenta dichos emolumentos para la liquidación y pago de los demás derechos de origen laboral.

Señaló que conforme el artículo 53 Constitucional los trabajadores deben gozar de un descanso obligatorio, por lo que, si debe laborar en días de descanso obligatorio, tiene derecho a que su empleador le remunere y compense de manera especial dicho trabajo. Afirmó que en cuanto al descanso obligatorio la legislación colombiana lo reguló en el artículo 1 de la ley 51 de 1983, estableciendo que todos los trabajadores, tanto del sector público como el sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los días de fiesta religiosa o civil.

Adicional a lo anterior, arguye que los salarios de empleados públicos del sector defensa, como en el caso en estudio, están regulados por la Ley 4ª de 1992, las normas que la desarrollan, pues el Decreto 2701 de 1988 no establece, ordena o regula aspectos relacionados con el salario, únicamente, establece aspectos del régimen prestacional. De manera que al encontrarse regulado por el Decreto 1042 de 1978 la remuneración para los empleados públicos, debe ser éste el Decreto que se aplique a la demandante.

Expresó que el Decreto 1042 de 1978 estableció en su artículo 39 que los empleados públicos que en razón a la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y 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. Así mismo, señaló que el artículo 33 ibídem dispuso que la asignación mensual fijada en dicho decreto corresponde a la jornada de 48 horas semanales, entendiéndose como jornada ordinaria nocturna aquella

que empieza 6 de la tarde y termina a las 6 de la mañana (jornada en la que afirma trabaja la accionante) y que quienes de manera ordinaria o permanente trabajen en dicha jornada tendrán derecho a recibir un recargo del 35% de la asignación mensual.

En síntesis, estima la parte actora que **(i)** la jornada máxima de trabajo es de 48 horas semanales y cuando se supere dicho límite debe remunerarte con los incrementos establecidos en el artículo 36 y 37 el decreto 1042 de 1978; **(ii)** la Jornada ordinaria nocturna va desde las 6 de la tarde a las 6 de la mañana y debe remunerarse con un recargo del 35% adicional al trabajo habitual; **(iii)** el trabajo habitual y permanente en días dominicales y festivos debe remunerarse con el doble del valor de un día de trabajo y debe otorgarse además un día de descanso compensatorio y; **(iv)** considera que los rubros descritos anteriormente constituyen salario para todos los efectos legales, sin que en la actualidad estén siendo liquidados integralmente por la entidad demandada, así como tampoco se están teniendo en cuenta para el pago de prestaciones sociales y Seguridad Social.

En cuanto a la jornada nocturna, trabajo en tiempo extraordinario y en jornadas dominicales y festivos, arguyó que la entidad demandada bajo el pretexto de la existencia de un régimen salarial y prestacional especial (decreto 2701 de 1988) excluye la aplicación de las disposiciones complementarias establecidas en las normas que rigen de manera general a los servidores públicos, circunstancia que considera es contraria a los derechos del trabajador, pues una norma especial no puede ser discriminatoria ni contraria al principio de progresividad que rige el derecho del trabajo; por lo que estima que la presente controversia debe ser desatada bajo los presupuestos del artículo 42 del decreto 1042 de 1978 y de la ley 4 de 1992, normas en las cuales se establece que todo lo que percibe el trabajador constituye salario, máxime cuando el Decreto 2701 de 1988 no contiene ningún concepto de lo que se considera salario para efectos prestacionales ni tampoco excluye los salarios percibidos por el trabajo prestado en jornada nocturna o días de descanso obligatorio en la liquidación de las prestaciones sociales, por lo que a su juicio debe aplicarse de manera armónica y complementaria a los empleados del Hospital Militar Central lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

Finalmente, sobre el pago de aportes al sistema de seguridad social adujo que el Hospital Militar Central para liquidación y pago de los aportes al sistema excluye algunas partidas computables en términos de ley, pues el Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 del mismo año, dispuso de manera taxativa el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones, haciendo parte de dicha base los salarios percibidos por el trabajador en jornada nocturna o en día de descanso

obligatorio; Circunstancia que afirma adicionalmente se encuentra estipulada en el artículo 18 de la ley 100 de 1993 al señalar *“la base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual”*. De manera que, la entidad accionada incumple las disposiciones antedichas y en consecuencia disminuye la base salarial con la cual debe realizar el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social impactando de manera directa y negativa cada una de las prestaciones que deben ser reconocidas al trabajador, bien sea a través de la EPS, la ARL o los fondos de pensiones.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 19 de marzo de 2019 tal como se puede constatar en el folio 274 del archivo N° 1 del expediente digital; por medio de auto de fecha 24 de mayo de 2019 (folios 278-279 del archivo N° 1 del expediente digital) se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, con fecha 22 de enero de 2020 (folios 282-295 del archivo N° 1 del expediente digital), fueron notificadas mediante correo electrónico la entidad demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En el término de traslado de la demanda, el Hospital Militar Central dio contestación a la misma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones (archivo N° 2 del expediente digital).

Posteriormente, mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2° del C.P.A.C.A., 110 del Código General del Proceso y 38, 51 y 52 de la Ley 2080 de 2021, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada (archivo N° 8 del expediente digital), ante lo cual la parte demandante se opuso a la prosperidad de las mismas (archivo N° 09 del expediente digital).

A continuación, mediante auto del 26 de octubre de 2020 se ordenó oficiar al Juzgado 29 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. con el objeto que remitirá las piezas procesales pertinentes de otra demanda adelantada por la actora contra la misma entidad y con ello resolver la excepción previa de pleito pendiente propuesta por el Hospital Militar Central (archivo N° 12 del expediente digital); una vez fueron aportadas las pruebas solicitadas, mediante auto del 30 de abril de 2021 se resolvió la excepción previa de pleito pendiente, declarándola no probada, sin que se presentaran recursos contra tal decisión (archivo N° 18 del expediente digital).

Posteriormente, a través de providencia del 28 de mayo de 2021 se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes y se decidió sobre las peticiones por la

parte actora, las cuales fueron negadas por considerarse innecesarias (archivo N° 20 del expediente digital), decisión contra la cual la parte demandante ejerció los recursos de reposición y apelación (archivo N° 23 del expediente digital) y el juzgado, previo traslado de tales recursos (archivo N° 24 del expediente digital) y pronunciamiento de la entidad demandada (archivo N° 25 del expediente digital), resolvió el de reposición manteniendo la decisión inicial y concedió el de apelación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, a través de auto del 19 de noviembre de 2021 (archivo N° 27 del expediente digital).

El recurso de apelación fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E” mediante providencia del 22 de junio de 2022 en la que decidió confirmar la decisión recurrida (carpeta de trámite de segunda instancia).

Finalmente, mediante auto del 18 de julio de 2022 se obedeció y cumplió lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E” en el auto del 22 de junio de 2022 y en ese mismo auto se fijó el litigio del caso y se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes, con el objeto de proferir sentencia anticipada, dado que es un asunto de puro derecho (archivo N° 37 del expediente digital).

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR EL HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

La entidad contestó la demanda mediante memorial que figura en el archivo N° 2 del expediente digital, donde se opone a las pretensiones por considerar que carecen de fundamento legal, teniendo en cuenta que los emolumentos pretendidos por la demandante no se encuentran reconocidos en el Decreto 2701 de 1988.

Señala la entidad que la norma aplicable a los trabajadores de dicha entidad es el Decreto ley 2701 1988 el cual consagra la retroactividad del auxilio de cesantías y los factores de salario para liquidar las prestaciones sociales; sin que en dicho decreto se contemple como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales las horas extras, los recargos nocturnos, los dominicales y los festivos, por el contrario, la norma en cita, determina de manera taxativa los factores salariales que deben tenerse en cuenta para las liquidaciones respectivas; así las cosas, concluye que no le asiste razón a la parte actora en cuanto solicita la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de los emolumentos mencionados.

Adicional a lo anterior, indicó que el artículo 150 de la Constitución Nacional determinó que el Congreso Nacional señalaría el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por lo que dichos preceptos fueron consagrados en el Decreto Ley 1042 de 1978 el cual dispuso que por regla general los servidores públicos deben cumplir una jornada laboral de 44 horas semanales, distribuidas en 8 horas de lunes a viernes y 4 horas del día sábado. Indicando que los días domingos y festivos tienen el carácter de ser tiempo de descanso, por lo cual cuando se presta el servicio en dichos días debe remunerarse.

Agrega que los artículos 39 y 40 del decreto 1042 de 1978 consagraron la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos, y que para tal efecto deben tenerse en cuenta criterios tales como la habitualidad, la permanencia y la ocasionalidad con que se preste el servicio, recalando sobre éste punto, que dicha norma contempló la forma en que debía remunerarse el servicio prestado, más no, que esa remuneración sea factor de salario para la liquidación de prestaciones como lo solicita la parte actora. Aunado a lo anterior, aduce el libelista que el hospital ha venido reconociendo el doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute del día compensatorio, siempre y cuando se haya verificado la prestación efectiva del servicio en los mencionados días, por lo que solicita que se efectúe frente a las pretensiones de la parte actora verificación del fenómeno jurídico de prescripción trienal.

Igualmente, prevé la demandada que el trabajo dominical o festivo que se presta en forma ocasional o transitoria es compensado con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. No obstante, si la labor desarrollada no depende de la naturaleza del servicio se requiere autorización escrita para que proceda el pago y sólo se genera el pago para los servidores que desempeñen empleos de nivel técnico hasta el grado 24 o el nivel asistencial hasta el grado 32.

En cuanto a la habitualidad y la ocasionalidad refiere que el Consejo de Estado ha señalado que están referidos a la naturaleza con que se presta el servicio. Por lo que, por un lado, aclara que el trabajo se torna “habitual y permanente” cuando debe garantizarse la continua permanencia en el servicio sin que sea susceptible la interrupción ni siquiera en días no hábiles, esto aun cuando quién deba prestar el servicio no lo haga de manera continua, pues labora en días dominicales y festivos por el sistema de turnos. Y, por otro lado, afirma que el servicio se presta de manera “transitoria y excepcional” cuando únicamente se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria.

Conforme lo expuesto concluye que no existe fundamento para decretar la nulidad de los actos administrativos demandados pues no se presenta argumento alguno para que por esta instancia judicial se tengan en cuenta como factores de salario las horas extras, los recargos nocturnos y trabajo en días dominicales y festivos, máxime cuando no fueron contemplados en el Decreto 2701 de 1988.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN ESCRITOS.

2.6.1. Alegatos de conclusión escritos de la parte demandante. Dentro del término legalmente concedido el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial aportado al correo electrónico del Juzgado (archivo N° 39 del expediente digital), en los que ratificó los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y solicitó que se acceda a la totalidad de las pretensiones formuladas.

Expresó que por su especialidad el Hospital Militar Central funciona todos los días del año, lo que implica que los servidores públicos cumplen funciones relacionadas con los servicios de salud, para lo cual deben laborar todos los días de la semana en concordancia con la programación que realice la entidad.

Lo anterior implica que la demandante labora en forma permanente en jornadas extraordinarias todos los días, incluidos domingos y festivos, jornadas nocturnas en turnos comprendidos de 7 a.m. a 7 p.m., razón por la cual la remuneración percibida por los servidores públicos con ocasión del trabajo en días dominicales y festivos, y por descansos compensatorios, son salario y deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones sociales, la seguridad social y todo aquel emolumento de orden laboral.

Igualmente señaló que históricamente el Hospital Militar Central se ha abstenido de incluir en la base salarial para liquidar las prestaciones sociales, la remuneración que perciben los trabajadores por concepto de trabajo en días dominicales y festivos, argumentando dar aplicación al Decreto 2701 de 1988. No obstante, las afirmaciones de la entidad demandada, considera la actora que debe tenerse en cuenta que el decreto relacionado no regula el concepto salarial para los servidores públicos como si lo hace el Decreto 1042 de 1978, por lo que solicita se dé aplicación a este último.

2.6.2. Alegatos de conclusión escritos del Hospital Militar Central: En el término legalmente concedido, el apoderado de la entidad demandada presentó sus

alegatos de conclusión por escrito, mediante memorial aportado al correo electrónico del Juzgado (archivo N° 40 del expediente digital), en el que ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda y por ello solicitó negar las pretensiones formuladas.

Reiteró que el Hospital no adeuda suma alguna por esos conceptos, así lo acreditan los comprobantes de nómina que se adjuntaron como pruebas, en donde se verifica que el Hospital ha cancelado esos conceptos y la parte actora no determina con precisión que se le ha dejado de cancelar, por ende, solicita la reliquidación sin precisar que concepto y que valor se le ha dejado de cancelar.

Que los recargos, las horas extras y los dominicales y festivos laborados efectivamente por la parte actora fueron debidamente cancelados y el hecho de haberse devengado ese salario, esa sola circunstancia no le ofrece incidencia prestacional, puesto que así no lo contempla el Decreto Ley 2701 de 1.988, además, sin que implique reconocimiento alguno, se observa que está extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción.

En consecuencia, al establecer el Decreto Ley 2701 de 1.988, la forma de determinar y hallar el ingreso base de liquidación prestacional, se tiene que no le asiste derecho a la parte demandante para que se le reliquiden las prestaciones y las vacaciones por el efecto que puedan causar los factores salariales que pretende se le incluyan, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma razón de las materias que allí incorporó, luego es una norma especial en la que consagró la retroactividad del auxilio de cesantía, de modo que le ofreció a esa prestación un carácter especial frente a los demás servidores públicos.

Finalmente, reitera que la entidad ha efectuado el pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos de conformidad con lo establecido en el artículo 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, en las oportunidades en las cuales se prestó efectivamente el servicio y sobre ese salario pagó los aportes al sistema integral de seguridad social. Se destaca que, si la parte actora no prestó el servicio, no causa el derecho para percibir la remuneración por trabajo suplementario y dominical y festivo.

Frente a los efectos en seguridad social, el Hospital ha cotizado con el salario y con los factores establecidos en la ley.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público: El delegado del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

2.6.4. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE. Dentro del término concedido la entidad guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico: consiste en determinar:

En primer orden, si hay lugar a declarar la nulidad de los **oficios N° E-00022-2018004604 del 25 de mayo de 2018 y N° E-00022-2018007473 del 23 de agosto de 2018**, por medio de los cuales el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** negó a la parte demandante el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) causados desde el 1º de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social y demás derechos percibidos por la demandante, resolvió negativamente el recurso de reposición ejercido contra tal decisión y rechazó el recurso de apelación, respectivamente.

Resuelto lo anterior, corresponde al juzgado establecer si hay lugar a ordenar al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** que reconozca y pague a favor de la parte demandante la totalidad de los salarios que le corresponden por laborar en forma permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos de acuerdo a la programación mensual que realiza la entidad.

De la misma forma, se debe determinar si es procedente ordenar a la entidad demandada que reliquide con efectos hacia futuro y con la permanencia necesaria en el tiempo las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, prima, bonificaciones, auxilios y beneficios) y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y parafiscalidad, aplicando para el efecto, la totalidad de los salarios percibidos o que deba percibir por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) y, el pago de todas las diferencias que resulten por todos y cada uno de estos conceptos.

Igualmente, si es viable ordenar realizar la reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta la totalidad de factores, salarios y prestaciones devengados durante toda la vigencia de su relación legal y reglamentaria. Asimismo, se condene al pago del I.P.C. certificado por el DANE e intereses moratorios sobre las cifras adeudadas mes por mes, teniendo en cuenta lo ordenado en los artículos 177, 178 y 198 del C.P.A.C.A., el artículo 111 de la Ley 510 de 1999 y las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 188, así como el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, si hay lugar a condenar a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho.

4. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO.

4.1. El Hospital Militar Central fue creado mediante el **Decreto 2775 del 27 de octubre de 1959**⁴ como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, cuyo régimen de personal puede variar entre las categorías de empleado público o trabajador oficial, según el caso.

Posteriormente, fue expedido el **Decreto Ley 2701 de 1988** *“por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional”*, el cual dispuso que la jornada de trabajo para *“los empleados públicos y trabajadores oficiales debían prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad”* y que su remuneración se regía por las disposiciones legales vigentes, así como lo pactado en los contratos de trabajo, según fuere el caso, pero excluyendo a dicho personal de la aplicación de las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales de la cartera ministerial de defensa⁵.

Por su parte, el **Decreto Ley 1301 de 1994**⁶ le confirió al Hospital Militar Central el carácter de Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa

⁴ Por el cual se crea el Hospital Militar -- Centro Médico Colombiano de Estudios para Graduados

⁵ Artículo 1, inciso 2. “En consecuencia, el personal de que trata el presente Decreto, **no se regirá** por las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional”

⁶ **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”.**

Nacional, pero conservando su naturaleza de establecimiento del orden nacional y ordenando en su artículo 88 que los empleados públicos y trabajadores oficiales que hacían parte de dicha entidad, para los efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirían por las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional en sus distintas disposiciones.

No obstante lo expuesto, a continuación, fue expedida la **Ley 352 de 1997**⁷ que derogó el Decreto antes referido y dispuso en su artículo 46⁸, que las personas vinculadas al Hospital, tendrían el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, según el caso, y en materia salarial y prestacional, se sujetarían al régimen especial que estableciera el Gobierno Nacional.

De la misma forma, a través del **Decreto 02 de 1998** se aprobó el **Acuerdo 06 de 1997**, por medio del cual la Junta Directiva del Hospital Militar Central adoptó los estatutos de dicha institución, y en el capítulo V, reguló lo concerniente al régimen de personal en los aspectos salariales y prestacionales, reiterando lo preceptuado en la mentada Ley 352 de 1997, en la siguiente forma:

“23. Régimen Salarial. Los empleados y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios **se regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional**”. (Destaca el Juzgado).

Teniendo en cuenta las normas citadas, es claro que se facultó al Gobierno Nacional para dictar disposiciones especiales relativas al régimen de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los servidores del Hospital Militar Central, reglamentación que hasta la fecha no se ha expedido y, en esas condiciones, debe acudirse por analogía a la aplicación de las normas generales que regulan la materia, es decir, el **Decreto 1042 de 1978**, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la **Ley 5ª de 1978**, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Concepto del 9 de marzo de 2000, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez Arce, expuso:

⁷ 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.

⁸ **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.

*“Así las cosas, mientras se expide por el Gobierno Nacional, el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997, **debe acudirse 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.”* (Destaca el juzgado)

En similar sentido expuso el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en el expediente N° 08001-23-31-000- 2002-01064-01(0889-10), con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 19 de abril de 2012:

*“(...) Atendiendo lo dispuesto en la norma que transformó el Hospital Militar Central y en razón a que el Gobierno Nacional no ha expedido régimen especial en materia de salarios para los funcionarios al servicio de la entidad, se deduce que, **en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas generales que regulan la materia, como son las contenidas en el Decreto 1042 de 1978** aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional. (...)”* (Negrillas del Juzgado).

Aclarado que para efectos salariales y prestacionales a los empleados del Hospital Militar Central les es aplicable lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, es menester indicar que de esa norma se extrae que la jornada laboral se limita a la prestación de los servicios entre los días lunes a sábado y en un máximo de 44 y 66 horas semanales, estableciéndose dentro de ese mismo cuerpo normativo en sus artículos 34 a 40 lo relativo a los recargos nocturnos, las horas extras (diurnas y nocturnas) y, el trabajo ocasional y ordinario en días dominicales y festivos, a cuyo efecto se dispone que el trabajo ocasional ocurre cuando se presta el servicio en día dominical y festivo de manera esporádica, y el ordinario cuando los empleados públicos en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual y permanentemente en dichos días.

Así las cosas, tenemos en cuenta a los recargos nocturnos que el artículo 35⁹ de la disposición citada establece que para los empleados que presten sus servicios por sistema de turnos, cuando en la jornada laboral se incluyan horas diurnas y nocturnas, éstas últimas se remuneraran con recargo del 35%, o podrán compensarse con períodos de descanso. Igualmente, señala en su artículo 39¹⁰ *ibídem* que para los días

⁹ ARTÍCULO 35. De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas 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. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

¹⁰ 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

dominicales o festivos se debe cancelar una sobre remuneración del 200%, concluyéndose entonces que el servicio prestado con recargo festivo nocturno debe ser remunerado en un porcentaje de 235%.

Por su parte, las horas extras, es claro que la jornada ordinaria laboral dispuesta por el Decreto 1042 de 1978 es de 44 horas semanales, entendiéndose como hora extra, todo el tiempo que un trabajador labora de manera adicional a dicha jornada; no obstante, el reconocimiento de las horas extras no es absoluto pues se encuentra limitado por el Decreto antedicho al indicar que el trabajo suplementario (i) debe ser autorizado previamente; (ii) su reconocimiento debe hacerse mediante resolución motivada y; (iii) que el empleo al que se le reconozcan las horas extras debe pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19¹¹.

De igual forma, el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978¹² establece que en ningún caso podrán cancelarse más de 50 horas extras mensuales, por lo que, en caso de superarse dicho límite, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio equivalente a un día por cada 8 horas laboradas.

Finalmente, el artículo 39 regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos y la forma en que se debe reconocer, así:

“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 o 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 involucrada en la asignación mensual...”

Así, la norma transcrita contempla que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio, es catalogado como trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada y bajo dicha circunstancia tiene una remuneración distinta al trabajo realizado

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

¹¹ Artículo 12 del Decreto 660 de 2002 Por el cual 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.”

¹² Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989

en los días de descanso dominical y festivo, cuando este se trate de situaciones habituales y permanentes, o excepcionales.

Respecto del trabajo realizado por fuera de la jornada ordinaria es reconocido con una suma equivalente al doble del valor de un día de trabajo, el cual no susceptible de ser compensado en tiempo, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual más el disfrute de un día de descanso compensatorio; en cuento al trabajo desarrollado en jornadas dominicales y festivas, se debe reconocer con un día de descanso o con una retribución igual al doble de la remuneración de un día de trabajo, a elección del empleado beneficiario.

Ahora, el mismo señala:

“Artículo 40º.- Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

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

a) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario.

Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

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

e) El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual”

De lo anterior, tenemos que el trabajador que desempeñe sus funciones de manera habitual durante los días domingos y festivos, tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio; mientras que cuando el trabajo realizado sea ocasional, en los días de descanso obligatorio, tendrá derecho a disfrutar únicamente de un día de descanso compensatorio y dicha remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual.

Sobre los conceptos de ocasionalidad y habitualidad, el Código Sustantivo del trabajo indica que *“Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”*¹³.

En síntesis, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, cuando el empleado público labore de manera habitual y permanente los días dominicales y festivos, tiene derecho a una remuneración equivalente al doble de valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado y a un día compensatorio, mientras que, cuando dicha prestación de servicios sea ocasionalmente, solo se le otorgará un día compensatorio, el cual hará parte del salario mensual.

En lo que atañe a los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados públicos que prestan sus servicios al Hospital Militar Central, se deben tener en cuenta los contemplados en la Ley 2701 de 1988 en la siguiente forma:

“ARTÍCULO 27. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDACIÓN DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este Decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.*
- c) Los gastos de representación.*
- d) Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) La prima de servicios.*

¹³ Parágrafo 2º, artículo 179

f) La bonificación por servicios prestados."

"ARTÍCULO 29. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren 103 artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.*
- c) Los gastos de representación.*
- d) Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) La prima de servicios y la de vacaciones.*

f) La bonificación por servicios prestados."

"ARTÍCULO 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.

- a) La asignación básica mensual.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) Los auxilios de alimentación y transporte.*
- d) La prima de navidad.*
- e) La bonificación por servicios prestados.*

f) La prima de servicios.

g) Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.

h) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.

i) La prima de vacaciones.

j) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988."

"ARTÍCULO 54. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR OTRAS PRESTACIONES. Para determinar el valor de la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional y del seguro por muerte, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o normas que lo modifiquen.*
- c) Los gastos de representación.*
- d) Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) La prima de servicios.*
- f) La bonificación por servicios prestados.*
- g) La prima de vacaciones.”*

Vistas las normas transcritas, es claro que la remuneración por trabajo en horas extras, trabajo suplementario y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), no se encuentran enlistadas como factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales señaladas.

Visto el desarrollo normativo jurisprudencial, pasa el despacho a resolver el,

5. CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado con las pruebas documentales que reposan en el expediente que la señora Salazar Martínez labora en el Hospital Militar Central en el cargo de Auxiliar de Servicios 6-1 33 en calidad de empleada publica desde el 11 de febrero de 2003, conforme a la certificación expedida el 29 de enero de 2020 por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central (fls. 47-55 del archivo N° 3 del expediente digital).

De igual forma se encuentra acreditado que de las planillas de turnos desempañados por la demandante (fls. 57-128 del archivo N° 3, archivo N° 4 y fls. 1-10 del archivo N° 5 del expediente digital), de los desprendibles de nómina (fls. 130-139 del archivo N° 1 del expediente digital) y de la certificación expedida el 29 de enero de 2020 por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central (fl. 16 del archivo N° 1 y fls. 47-55 del archivo N° 3 del expediente digital), se extrae que la demandante labora bajo el sistema de turnos, laborando de manera habitual durante jornadas dominicales y festivas, razón por la cual le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y días compensatorios conforme lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.

También está demostrado que la demandante presentó una petición el 17 de abril de 2018 bajo el radicado N° R-00003-2018006471-HMC, donde solicitó el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de las vacaciones y todas las prestaciones sociales (auxilio de cesantías, intereses sobre el auxilio de cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y beneficios) y demás derechos de origen laboral, incluidos los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) y de parafiscalidad, aplicando para el efecto, la totalidad de los salarios percibidos o que deba percibir por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), y el pago de todas las diferencias que resulten por todos y cada uno de estos conceptos, actualizados con base en el I.P.C. (fls. 70-88 del archivo N° 1 del expediente digital).

La entidad resolvió de manera desfavorable la anterior solicitud, mediante el Oficio N° E-00022-2018004604 del 25 de mayo de 2018 (fls. 92-95 del archivo N° 1 del expediente digital) por considerar que no adeuda suma alguna a la demandante, acto contra el cual fueron ejercidos los recursos de reposición y en subsidio de apelación, a través de memorial radicado el 22 de junio de 2018 bajo el N° R-00003-20180111006-HMC (fls. 102-108 del archivo N° 1 del expediente digital). El recurso de reposición fue resuelto de manera negativa, mediante el Oficio N° E-00022-2018007473-HMC del 23 de agosto de 2018, confirmándolo en todas sus partes, y en el mismo acto dispuso el rechazó por improcedente del recurso de apelación, con lo cual se agotó el procedimiento en sede administrativa (fls. 110-114 del archivo N° 1 del expediente digital).

Visto lo anterior, tenemos que la parte actora sostiene que la entidad demandada no ha pagado en forma completa el servicio prestado en jornadas nocturnas, horas extras y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), sin embargo, al revisar las pruebas arrojadas por las partes al expediente, no se observa que tales manifestaciones se encuentren demostradas y por el contrario, lo que si se encuentra acreditado por parte de la entidad demandada es que dichos conceptos sí fueron debidamente reconocidos y pagados de conformidad con los artículos 34 a 39 del Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta que de los desprendibles de nómina visibles a folios 130-139 del archivo N° 1 del expediente digital y de la certificación expedida el 29 de enero de 2020 por la Jefe de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central que reposa a folios 47-55 del archivo N° 3 del expediente digital, se logra verificar que entre

los años 2013 a 2019 la entidad demandada reconoció dichos emolumentos por el tiempo de servicio del trabajo suplementario.

Aunado a lo anterior, no se demostró el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 para exigir el pago de horas extras o trabajo suplementario, como lo son: (i) haber sido autorizado previamente mediante comunicación escrita, en la que se especifiquen las actividades a desarrollarse; (ii) ser del nivel técnico o nivel asistencia y (iii) haberse reconocido mediante resolución motivada el pago del trabajo suplementario.

En ese sentido el Consejo de Estado en providencia de fecha 3 de marzo de 2016 enfatizó en la necesidad que le asiste a la parte actora de probar los hechos que alega, así:

“Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, conoce de antemano cuáles de los hechos interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos”

Por lo indicado, se negarán las pretensiones de reconocimiento y pago presentadas en ese sentido.

Ahora, respecto de la reliquidación de las prestaciones sociales que devengó la demandante con aplicación de las horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio y recargos nocturnos, estima el juzgado que esta solicitud resulta improcedente, dado que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27, 29, 53, y 54 de la Ley 2701 de 1988, normas que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, aplicable al Hospital Militar Central, la remuneración por trabajo en horas extras, trabajo suplementario, y días de descanso obligatorio (domingos y festivos), no constituyen factores salariales para la liquidación de las prestaciones sociales, pues los mismo no tienen el carácter de constituir factores salariales para su liquidación, en consecuencia, se denegará esta pretensión.

Finalmente, sobre la solicitud de pago de los aportes con destino al Sistema Integral de Seguridad Social por la incidencia que tiene el trabajo suplementario en dicho sistema, destaca el juzgado que la base de cotización para calcular las cotizaciones al Sistema

General de Pensiones de los empleados públicos en general se encuentra establecida en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 “*Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto 691 de 1994*”, el cual enumera como emolumentos de la base de cotización los siguientes: (i) asignación básica mensual; (ii) gastos de representación; (iii) prima técnica, cuando sea factor de salario; (iv) primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; (v) remuneración por trabajo dominical o festivo; (vi) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y; (vii) bonificación por servicios prestados.

Así las cosas, es claro que el salario mensual para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones se encuentra integrado, entre otros emolumentos, por la remuneración por trabajo dominical o festivo, y el trabajo realizado en jornada nocturna, por lo que al revisar la certificación expedida el 29 de enero de 2020 por la Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central visible a folios 47-55 del archivo N° 3 del expediente digital, se evidencia que sólo a partir del mes de abril de 2018 la entidad accionada incluyó la totalidad de los factores salariales establecidos por el Decreto 1158 de 1994, pues con anterioridad a esa fecha solo tuvieron en cuenta a efectos de liquidación de aportes la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados y así lo indicó de manera textual en dicha certificación:

“(…) Que para los periodos de cotización 2013 a marzo de 2018 los factores salariales tenidos en cuenta para los Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL), fueron los siguientes: Asignación Básica Mensual y Bonificación Por Servicios Prestados.

A partir de Abril de 2018 a la fecha, los factores salariales tenidos en cuenta de acuerdo al Decreto 1158 de 1994 para los Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL) son:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados” (Destaca el Juzgado)*

De lo anterior se evidencia que previo al mes de abril de 2018 el Hospital Militar Central no tuvo en cuenta la totalidad de emolumentos señalados en la ley para realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL), pues solo a partir de ese mes incluyó los factores salariales

denominados “*remuneración por trabajo dominical o festivo*” y “*remuneración por trabajo realizado en jornada nocturna*”, factores que en efecto se encuentran descritos de manera taxativa en el Decreto 1158 de 1994, y por tanto, dichas sumas se encuentran en mora de ser reconocidas al Sistema de Seguridad Social, razón por la cual se ordenará que las mismas sean liquidadas y pagadas al mentado sistema en la proporción que la Ley establezca tanto para el empleador, como para el trabajador.

Teniendo en cuenta lo anterior, la liquidación y pago deberá efectuarse desde el 28 de febrero de 2013, teniendo en cuenta que sólo a partir de esa fecha se encuentra demostrado dentro del plenario su causación y hasta el 31 de marzo de 2018, por encontrarse acreditado que el Hospital Militar Central ha venido efectuando el pago de manera correcta desde el mes de abril de 2018. Ahora, sobre estos valores no es dable aplicar el fenómeno jurídico de la prescripción, por cuanto debe acudir a la figura de la imprescriptibilidad de los aportes a seguridad social establecida por el Consejo de Estado, entre otras, en la Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter dentro del radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)¹⁴.

Recapitulando, las pretensiones presentadas por la parte demandante serán resuelta de la siguiente forma:

- (i) Sobre el reconocimiento y pago de la totalidad de los recargos establecidos por laborar en forma permanente en jornada nocturna, estos se negarán por encontrarse acreditado dentro del plenario que la entidad demandada ha efectuado su liquidación y pagos conforme lo dispone el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, cuando los mismos se han causado.
- (ii) Respecto del reconocimiento y pago de los recargos establecidos en la ley por laborar en tiempo suplementario, estos también se negarán por no encontrarse acreditado dentro en el expediente que la demandante haya laborado tiempo suplementario o de horas extras, ni se aportaron pruebas nuevas en ese sentido.
- (iii) En cuanto al reconocimiento y pago de las diferencias causadas entre lo pagado y lo que debió pagarse por laborar en días de descanso obligatorio (dominicales y festivos), se negarán por estar acreditado con las pruebas arrimadas por las partes

¹⁴“(…) Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. (...)”

que estos han sido liquidados y pagados de conformidad a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, cuando los mismos han sido causados.

- (iv) En lo referente a la reliquidación de las prestaciones sociales (cesantías, intereses de cesantías, primas, bonificaciones, auxilios y vacaciones), en la que se incluya el salario devengado por concepto de recargos nocturnos, tiempo extraordinario y recargos dominicales y festivos, se negaran de igual forma, como quiera que al no encontrarse estipulados en el Decreto 2701 de 1988 que dichos factores hagan parte de la liquidación de prestaciones, no es posible incluirlos para la liquidación de las mencionadas prestaciones.
- (v) Finalmente y por resultar procedente, la reliquidación del pago efectuado a seguridad social teniendo en cuenta el salario devengado por recargos nocturnos, tiempo extraordinario y recargos dominicales y festivos, se accederá a tal pretensión por encontrarse demostrado que la entidad no efectuó los pagos al sistema de conformidad con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, sino solo a partir del mes de abril de 2018, omitiendo realizarlos entre el 28 de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2018, según lo demostrado en el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** a que reliquide la base salarial para el pago de los aportes de la parte demandante, desde el **28 de febrero de 2013** y hasta el **31 de marzo de 2018**, incluyendo la remuneración por trabajo dominical o festivo, y la remuneración por trabajo realizado en jornada nocturna, factores que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, debiendo cancelar al Sistema de Seguridad Social Integral las diferencias que se generen entre el valor liquidado para cada uno de los períodos aportados y el valor reliquidado en cumplimiento de ésta providencia.

Las sumas que resulten serán canceladas al Sistema en la proporción que la Ley establezca para el empleador y el trabajador

El reconocimiento efectuado no estará sometido al fenómeno jurídico de la prescripción, conforme con la sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, M. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), toda vez que frente a las sumas anteriormente reconocidas opera la imprescriptibilidad.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que los mencionados actos fueron expedidos con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de los aportes a seguridad social de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para el pago de los aportes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada aporte y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

6. CONDENA EN COSTAS: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹⁵, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo pasivo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P., en la medida en que prosperarán parcialmente las pretensiones de la demanda, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por la parte demandante.

¹⁵ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SECCIÓN SEGUNDA -**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar parcialmente nulos los **oficios N° E-00022-2018004604 del 25 de mayo de 2018 y N° E-00022-2018007473 del 23 de agosto de 2018**, por medio de los cuales el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** negó a la señora **SANDRA MILENA SALAZAR MARTÍNEZ**, el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios causados por trabajo permanente en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) causados desde el 1° de enero de 2013 y la incidencia salarial de cada uno de estos conceptos para la reliquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social y demás derechos percibidos por la demandante, resolvió negativamente el recurso de reposición ejercido contra tal decisión y rechazó el recurso de apelación, respectivamente, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** a efectuar una nueva liquidación de la base salarial para pago de los aportes de la señora **SANDRA MILENA SALAZAR MARTÍNEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.350.518, desde el **28 de febrero de 2013** y hasta el **31 de marzo de 2018**, incluyendo para el efecto la remuneración por trabajo dominical o festivo y la remuneración por trabajo realizado en jornada nocturna, factores que se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, debiendo cancelar al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones las diferencias que se generen entre el valor liquidado para cada uno de los períodos aportados y el valor reliquidado en cumplimiento de ésta providencia. Las anteriores sumas serán canceladas al Sistema en la proporción que la Ley establezca para el empleador y el trabajador, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

CUARTO: No hay lugar a aplicar prescripción en el presente asunto, por ser los aportes pensionales imprescriptibles, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia.

SEXTO: Sin condena en costas y agencias en derecho, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

OCTAVO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

Hjdg

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: 83b329181c166209429537e48b4b879d79f47569165a6c904d74e608bd98e97d

Documento generado en 15/09/2022 09:12:44 AM

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